

LICITAÇÕES - AS LEGISLAÇÕES PERTINENTES E O PROJETO DE LEI N. 6814/2017

Marcello Leite dos Santos

Assessor Administrativo do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul - Gabinete do Conselheiro Ronaldo Chadid. Graduado em Direito pela Universidade do Oeste Paulista. Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-Graduado em Direito do Estado com ênfase em Controle Externo pelo Centro Universitário Grande Dourados.

RESUMO

O presente artigo trata do instituto da licitação e da contratação no âmbito da Administração Pública, transpassando pelos diplomas legais em vigência que tratam da matéria. Para tanto, foi adotado o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e consulta a leis vigentes e doutrina pertinente. Para melhor abordagem do tema buscou-se as motivações que levaram o legislador à edição da lei n. 8.666/1993. Em seguida, passou-se à apreciação das normas que se seguiram à citada Lei de Licitações e cujo justificativo principal foi a falta de alcance da lei n. 8666/1993 a determinadas situações específicas e que demandavam a adoção de medidas ágeis por parte dos gestores. Mais à frente, foram abordados os aspectos relativos ao Projeto de Lei n. 6.814/2017, no que diz respeito a algumas alterações previstas na nova legislação, bem como acerca de manifestações favoráveis e contrárias por parte de doutrinadores e operadores do direito. Pormenorizou-se ainda, os aspectos referentes à modalidade de licitação denominada Diálogo Competitivo, informando a fonte de inspiração do novo modelo e tratando dos respectivos atos administrativos que deverão ser observados pelos agentes públicos responsáveis pela sua condução. Nessa perspectiva, diante das questões verificadas e com aporte na manifestação doutrinária, concluiu-se que os dispositivos que compõem o Projeto de Lei n. 6.814/2017 podem trazer significativos avanços no campo das licitações e das contratações públicas, mas cujos resultados efetivos somente poderão ser medidos a partir do momento da sua entrada em vigência.

Palavras-chave: Licitação. Modalidades licitatórias. Projeto de Lei n. 6.814/2017

ABSTRACT

This article deals with the institute of bidding and contracting within the Public Administration, passing through the current legal texts dealing with the subject. To this end, the deductive method was adopted through bibliographic research and consultation of current laws and relevant doctrine. For a better approach to the theme, we sought the motivations that led the legislator to issue law n. 8666/1993. Subsequently, we proceeded to the consideration of the rules that followed the aforementioned Bidding Law and whose main justification was the lack of scope of Law no. 8.666/1993 to certain specific situations which required the adoption of agile measures by the managers. Later, the aspects related to Bill n. 6.814/2017, as regards some changes provided for in the new legislation, as well as on favorable and contrary expressions by legal scholars and operators. The aspects related to the bidding modality called Competitive Dialogue were also detailed, informing the source of inspiration of the new model and dealing with the respective administrative acts that should be observed by the public agents responsible for its conduct. From this perspective, in view of the issues verified and supported by the doctrinal manifestation, it was concluded that the provisions that compose the Bill n. 6.814/2017 can bring significant advances in the field of procurement and public procurement, but the actual results of which can only be measured from the moment of its entry into force.

Keywords: *Bidding. Bidding modalities. Bill no. 6.814/2017*

1. Breves considerações históricas sobre a lei n. 8.666/1993

Originada do Projeto de Lei n. 1.491/1991 e após aproximadamente dois anos de debates ocorridos no âmbito do Congresso Nacional, cujo texto original depois de atualizado foi republicado no Diário Oficial da União de 6/7/1994 (pág. 10149), a lei n. 8666/1993 erigiu prevendo novas normas para licitações e contratos celebrados pela Administração Pública, até então regulados pelo Decreto Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986, o qual instituiu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

Referida lei trouxe em seu bojo a previsão de realização de vários atos/procedimentos administrativos que foram considerados demasiadamente burocráticos desse o momento da sua entrada em vigência.

Ocorre que, o país vinha experimentando um período de grave crise política, institucional e econômica, que resultou na ocorrência de inúmeros casos de corrupção/fraudes em processos licitatórios, por meio de repasse de propina a parlamentares brasileiros denominado de escândalo dos anões do orçamento, que ocorreu entre os anos de 1980-1990, o que serviu de motivação para a edição de uma legislação nos moldes da lei n. 8.666/1993.

A citada Lei de Licitações, aliás, trouxe grande modernização à legislação nacional no tocante à condução de processos licitatórios e contratações públicas, pois previu também a necessidade da observância ao Princípio da Isonomia, bem como aos Princípios da Impessoalidade, da Legalidade e da Moralidade, que foram alçados ao texto constitucional da Carta Magna de 1988 no título que trata da Administração Pública (art. 37).

No entanto, a significativa colaboração/evolução legislativa trazida para o campo das licitações, por meio da previsão de mecanismos que tinham como principal objetivo a prevenção do cometimento de desvios e ilícitos, não foi suficiente para evitar a resistência e as inúmeras críticas à nova legislação por parte de gestores e operadores do direito, que a reputaram como instrumento prejudicial à eficiência das licitações/contratações (ante a burocratização dos procedimentos administrativos).

Ademais, com o decorrer do tempo passou também a ser suscitada a falta de alcance da lei n. 8.666/1993 a determinadas situações específicas, que demandavam a celebração de novas formas de contratações para o atendimento das necessidades da Administração Pública, questão esta que desembocou no surgimento de novas modalidades de licitação.

2. Modalidades licitatórias surgidas após a lei n. 8666/1993

2.1. Pregão

Na exposição de motivos do projeto de lei, à época, que culminou com a concretização da denominada Lei do Pregão foram apresentados os seguintes argumentos:

O projeto em questão objetiva aperfeiçoar o regime de licitações, com a inclusão de uma nova modalidade, denominada pregão, que possibilitará o incremento da competitividade e a de despesas indispensável ao cumprimento das metas de ajuste fiscal. A pronta

implementação dessa nova modalidade ensejará economias imediatas nas aquisições de bens e serviços compreendidas nas despesas de custeio da máquina administrativa federal. Além disso, o pregão resultará em maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas da licitação.

Assim, restou materializada a lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, a licitação denominada Pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns (aqueles cujo padrão de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital, segundo especificações usuais no mercado).

A classificação dos bens e serviços denominados comuns, nos termos da lei n. 10.520/2002, se encontra no anexo do Decreto n. 3784/2001 e por meio do qual foram incluídos novos itens à classificação que se encontrava no Anexo II do Decreto n. 3.555/2000, dentre eles bens de consumo (água mineral, combustível e lubrificante, gás, etc), bens permanentes (mobiliário, veículos automotivos em geral, utensílios de uso geral, etc.), serviços comuns (serviços de apoio administrativo, digitação, manutenção, etc.), serviços de assistência (hospitalar, médica, odontológica), serviços de atividades auxiliares (ascensorista, garçom, copeiro, etc.) e outros.

2.2. Parceria Público-Privada - PPP

A Administração Pública sempre se encontrou às voltas com a problemática relativa à insuficiência de recursos orçamentários próprios para o investimento em infraestrutura.

Em razão disso, por meio da lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, foram instituídas as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, prevendo a transferência de obras, serviços e atividades de interesse público à iniciativa privada, por meio de contrato administrativo de concessão, a quem incumbe a responsabilidade pela implantação/gestão, bem como o financiamento, o investimento e a exploração dos serviços.

Por meio desta modalidade de licitação e cujas especificidades se encontram dispostas na lei n. 8.987/1995, estabeleceu-se que o traslado ao particular pode se dar

por meio de concessão administrativa patrocinada (a composição da receita do parceiro privado é composta pela cobrança de tarifa pelo serviço prestado diretamente ao público, complementada pela contraprestação pecuniária da Administração Pública), ou, concessão administrativa (a Administração Pública é usuária direta ou indireta dos serviços e não há previsão de contraprestação ao parceiro privado, ainda que envolva o fornecimento/instalação de bens, ou, a execução de obra).

2.3. Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC

Assim como ocorrido em outras modalidades licitatórias, o RDC também foi apresentado como opção hábil à solução da burocracia excessiva contida na lei n. 8.666/1993, e como instrumento ágil, eficiente e transparente para a realização de licitações/contratações cujo objetivo precípua era o atendimento aos eventos específicos elencados em sua redação.

Desta feita, a lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, instituiu a aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, em caráter de exclusividade, à licitações/contratações necessárias para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações - 2013, Copa do Mundo - 2014, bem como para realização de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais.

Posteriormente, a excepcionalidade/exclusividade da sua aplicabilidade foi mitigada e o RDC estendeu-se à licitações/contratações voltadas para o atendimento de ações referentes ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, bem como para obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

No entanto, a pretensa eficiência e celeridade buscada com a edição da referida lei e que eram necessárias à realização das obras relacionadas aos eventos esportivos recebidos no país, deu margem ao cometimento de ilícitos que acarretaram prejuízos aos cofres públicos e à sociedade, pois resultaram no consumo de vultosa quantia de recursos públicos em várias obras que sequer foram concluídas em tempo hábil e que atualmente se encontram em desuso.

2.4. Lei das Estatais

Dispondo sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, foi editada tendo os seguintes pressupostos:

Aliás, um dos grandes desafios para lidar com a eficiência e a ética no serviço público em geral, e nas empresas estatais em particular, é que a falta de eficiência e as falhas éticas são percebidas como inevitáveis. A partir dessa suposta constatação, acentua-se o uso de mecanismos desenhados para lidar com as preocupações éticas, e que acabam sendo responsáveis pelo aumento da ineficiência – ainda que sejam, ao menos no atual estágio de nossa evolução institucional, inevitáveis. Esse é claramente o caso das restrições à contratação de produtos, serviços e pessoas no serviço público em geral, e nas empresas estatais em particular. Tais restrições muitas vezes afastam da concorrência os pretendentes mais capazes. As empresas públicas seriam provavelmente mais eficientes se pudessem contratar e demitir com os mesmos critérios das empresas privadas. Mas é preciso reconhecer que somente muitos anos de retidão no campo da ética no serviço público serão capazes de apagar da memória a percepção coletiva da necessidade das normas repressivas. Por tudo isso, um projeto para lidar com a governança das empresas estatais no Brasil precisa necessariamente tratar dos dois aspectos culturais centrais, da eficiência e da ética. É preciso assegurar a implantação de controles mais eficientes e processos não apenas rígidos, mas também destinados à disseminação da cultura de eficiência e a ética. Em outras palavras, é preciso lidar com eficiência e a ética não apenas com instrumentos de controle, mas também com mecanismos de gestão, promovendo uma verdadeira transformação cultural das empresas estatais.

A exemplo do que ocorreu em relação as leis anteriores que trataram de licitações e contratações públicas, a lei n. 13303/2016 também foi vista como instrumento inovador e hábil para a desburocratização de procedimentos administrativos, bem como para a incorporação de boas práticas de eficiência, transparência, controle, moralidade e impessoalidade pelos gestores e administradores, mediante o desenvolvimento de boas práticas de governança.

3. Elementos motivadores para a edição de uma nova Lei de Licitações

A despeito do arcabouço legislativo tratando de processos licitatórios no âmbito da Administração Pública, chegou-se à conclusão que as leis em vigência, aqui se enquadrando a lei n. 8.666/1993 e que neste ano de 2019 completou 26 anos de

vigência, se apresentam ineficientes em relação ao cenário atual que apresenta inúmeras inovações tecnológicas disponíveis, demandando celeridade na tomada de decisões por parte da Administração Pública.

Dentre tantas razões/justificativas apontando a necessidade da elaboração de legislação mais moderna tratando de licitações, pode-se citar:

- a tendência da adoção do modelo gerencial por parte da Administração Pública, no que tange às formas de contratação para a prestação de serviços, por meio de planejamento estratégico, mobilização de recursos, etc., o que se contrapõe ao perfil burocrático da atual lei de licitações;

- a necessidade de uma maior eficácia e eficiência na aplicação dos recursos públicos, por meio de contratações/aquisições que efetivamente atendam às necessidades latentes da sociedade;

- a busca pela prevenção/contenção da ocorrência de fraudes;

- a importância da organização das diversas leis que tratam das mais diversas modalidades de licitação/contratação, que foram produzidas neste período, em um único diploma legal.

Neste sentido também se posicionaram vários juristas nacionais, a exemplo da seguinte manifestação apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca da lei n. 8.666/1993¹:

Essa lei tem muitas falhas, além do excesso de formalismo que não existe em outros países, é um procedimento que peca pela falta de transparência, sempre achei errada a realização da fase de habilitação antes da fase de julgamento. É praticamente inexistente a possibilidade de saneamento de falhas que às vezes afasta um licitante por um erro bobo.

Em post publicado na Coluna da Gazeta do Povo, sob o título - Mas temos muito ainda a falar sobre licitação², Marçal Justen Filho foi ainda mais além ao assim se posicionar a respeito das modalidades licitatórias existentes:

¹<https://www.editoraforum.com.br/noticias/item/professora-maraa-sylvia-aponta-falhas-na-lei-8-66693-e-afirma-que-licitacoes-sao-portas-abertas-para-corrupcao/acesso-em-21/11/2019>

² <http://justenfilho.com.br/tags/lei-8666/>, acesso no dia 21/11/2019.

De fato, a Lei 8.666 representa hoje um obstáculo ao desenvolvimento nacional. É necessário substituí-la por um modelo mais adequado, com uma renovação de paradigmas (...).

Mas isso não significa que seja possível esquecer a Lei 8.666. O primeiro problema é que a licitação tem dois núcleos essenciais: um é a habilitação e outro é o julgamento das propostas. A Lei 8.666 continua a disciplinar a habilitação em todas as licitações. Nenhuma das leis posteriores sobre licitação dispôs sobre a habilitação. Portanto, em toda e qualquer licitação, incidirá a Lei 8.666 na questão da habilitação. Isso envolve um efeito acessório inafastável, relacionado com a identificação de defeitos sanáveis e insanáveis. Por isso, não tem jeito de esquecer a Lei 8.666 (...).

Mas o problema principal é que não adianta esquecer a Lei 8.666. As outras leis de licitação são quase tão ruins quanto ela. Seguem a mesma sistemática, com alguns aperfeiçoamentos pontuais. Vejam o pregão, cantado em prosa e verso por ter permitido grande economia para os cofres públicos. Ninguém fala que o pregão beneficia enormemente as grandes empresas, que têm condições de praticar preços muito mais reduzidos. O pregão destruiu as pequenas e médias empresas – a ponto de o governo ter sido obrigado a criar benefícios diferenciados para as micro e pequenas empresas. Ou seja, os ganhos econômicos obtidos com o pregão são parcialmente compensados com os incentivos assegurados às micro e pequenas empresas (...).

Por sua vez, no IX Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais, realizado no Estado da Bahia, a Procuradora do Estado de Minas Gerais e Mestre em Direito Administrativo, Raquel Melo Urbano de Carvalho discorreu de uma forma mais moderada acerca da lei n. 8666/1993:

(...) será que essa lei já não serve, ou não esta sendo utilizada de forma correta? Quais serão as consequências de uma nova lei com mais flexibilização das exigências num país como o Brasil?" (...) "só necessitamos de algo novo, rápido e mais flexível, quando não sabemos planejar".

Diante do quadro acima descrito, foi dado início ao processo legislativo para a elaboração de uma nova lei de licitações mais atualizada e completa, para que se possa dotar a Administração Pública com um instrumento que traga maior agilidade, eficiência e transparência aos atos administrativos atinentes à licitações/contratações públicas.

3.1. Do Projeto de Lei n. 6.814/2017

Originado no Senado Federal em 3/2/2017, depois de aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados como Subemenda Substitutiva Global ao Projeto de Lei nº 1.292/1995, passou a tramitar na referida Casa Legislativa o Projeto de Lei n. 6.814/2017 instituindo normas licitações e contratos da Administração Pública e

revogando a lei n. 8.666/1993, a lei n. 10.520/2002 (Pregão), bem como dispositivos da lei n. 12.462/2011 (RDC).

Desde a data da propositura e no decorrer da sua tramitação, ao referido Projeto de Lei foram apensados aproximadamente outros 257 Projetos de Lei propondo alterações/acréscimos ao texto original, fato este que também colaborou para a morosidade da conclusão do respectivo processo legislativo.

Na redação dos 129 artigos que compreendem o texto da referida legislação (Projeto de Lei n. 6814/2017), se encontram espalhadas diversas alterações/ inovações tratando de processos licitatórios e contratações públicas.

Entre algumas das alterações previstas podem ser citadas, dentre outras:

- acréscimo das modalidades de licitação Pregão e Diálogo Competitivo - art. 25, V e VI;

- possibilidade de celebração de indeterminado (nos casos em que a Administração seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio) – art. 92;

- a responsabilização civil objetiva de terceiro contratado para o acompanhamento da execução contratual, em casos de informações inverídicas e imprecisas prestadas à Administração – art. 94, § 3º, I;

- expressa previsão de necessidade de 3 (três) ou mais cotações (pesquisa de mercado) antes da abertura das propostas, nos casos de licitação na modalidade Convite - art. 25;

- a contratação, o pagamento, a premiação ou recebimento do projeto ou serviço técnico especializado pela Administração Pública só poderá ocorrer se o autor ceder todos os direitos patrimoniais a ele relativos à Administração Pública (hipótese em que o projeto ou o serviço técnico especializado poderá ser livremente utilizado e modificado pela Administração Pública em outras ocasiões, não sendo necessária nova autorização de seu autor) – art. 119;

- direito de rescisão do contrato pelo contratado, nos casos de repetidas suspensões que totalizem 120 (cento e vinte) dias – art. 102, § 2º, III;

- suspensão cautelar de processo licitatório pelo Tribunal de Contas, uma única vez e pelo prazo improrrogável de 30 (trinta) dias – art. 121, § 1º;

- aplicação de multa pelo Tribunal de Contas no limite correspondente a 1% (um por cento) do orçamento estimado para a contratação, nos casos em que se entender que houve má-fé de denunciante (alteração da verdade dos fatos, provocação da jurisdição com intuito exclusivamente protelatório) - art. 118, § 2º.

No entanto, mesmo diante das inúmeras previsões/inoações contidas no Projeto de Lei n. 6814/2017, ainda permanecem alguns questionamentos:

* A nova norma legal de fato se apresenta como instrumento apto à solução da burocracia que permeia os atos administrativos referentes aos processos licitatórios?

* Trará ela solução definitiva às falhas/irregularidades/ilegalidades que comumente ocorrem nas licitações que se encontram sob a égide das leis em vigor?

4. Manifestações acerca do Projeto de Lei n. 6.814/2017

Idealizado como instrumento inovador para a solução dos problemas referentes às licitações e contratações públicas, o Projeto de Lei n. 6814/2017 contou com inúmeras manifestações de juristas e operadores do direito no âmbito do Legislativo Nacional.

A amplitude/importância dos debates, aliás, chegou ao Tribunal de Contas da União que por meio do então Presidente, Ministro Raimundo Carreiro, apresentou nota técnica e que, posteriormente, foi complementada por sugestões propostas por grupo de trabalho instituído pela Corte, que abordaram artigos do Projeto de Lei que tratam das atividades inerentes à Corte de Contas, da responsabilização dos agentes públicos, do princípio do contraditório, do trâmite de medida cautelar, bem como de termos constantes do texto do PL que podem levar a interpretações equivocadas.

Embora ainda não tenham sido encerradas as etapas legislativas que antecedem a entrada em vigor da nova Lei de Licitações e cujo respectivo Projeto de Lei, atualmente, se encontra tramitando/em votação na Câmara dos Deputados, têm ocorrido inúmeros embates com declarações de apoio e repúdio por parte de operadores do direito e de juristas, sobre os atos administrativos nela previstos e que deverão ser observados pela Administração Pública.

A mestra e doutora em Direito Administrativo, Vivian Lima López Valle³, ao abordar o tema no XVIII Congresso Paranaense de Direito Administrativo, realizado na cidade de Curitiba – PR, no mês de agosto de 2017, manifestou-se favoravelmente ao Projeto de Lei n. 6.814/2017, no seguinte sentido:

(...) atualmente se vive em um momento de aumento de complexidade nas relações jurídicas administrativas, e que exige soluções adequadas as suas demandas, e assim, os modelos de licitações e contratos estabelecidos no século passado não atendem mais as necessidades de vantajosidade, legitimidade, eficiência e economicidade das licitações. Contudo, um Estado que realiza seus serviços públicos através de contratos administrativos necessita pensar que o processo de licitação é determinante para o sucesso da contratação. Assim, defende uma relação mais paritária e mais equilibrada com o particular.

Jacoby Fernandes apresentou o entendimento de que a nova legislação é muito aberta para que os servidores responsáveis pela concorrência escolham a forma de contratação, o que teria como ponto positivo ajudar na introdução de ganhos de tecnologia, mas poderia abrir brechas em administrações pouco estruturadas para escolhas direcionadas⁴.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ discorreu:

(...) não lograram êxito em solucionar os velhos problemas que cometem as licitações e contratações públicas: a falta de planejamento, a cartelização e a corrupção. Tanto a Lei nº 10.520/02 quanto a Lei nº 12.462/11 foram editadas tendo como objetivo implementar soluções para os males existentes na fase externa do rito licitatório da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, sem se preocupar em disciplinar de forma mais criteriosa a fase de planejamento da licitação, ou de substituir a sistemática do regime de contratação administrativa incorporado pela Lei nº 8.666/93 e formulado ainda sobre a égide do Decreto-Lei nº 2.300/86.

Não se trata de menosprezar os aprimoramentos introduzidos em matéria de procedimento, muito menos de negar que algumas inovações, como a inversão de fases e o orçamento sigiloso, surtiram efeitos positivos contra os problemas da cartelização e da corrupção. O que procuramos destacar aqui é que os velhos problemas no regime jurídico das licitações e contratações públicas no Brasil são causados, não apenas pela licitação em si, mas precipuamente pela falta de um

³ <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI308223,31047-Nova+lei+de+licitacoes>. Acesso em 22/11/2019.

⁴ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/12/1841209-senado-aprova-nova-lei-de-licitacoes-com-restricoes-ao-tcu.shtml>. Acesso em 22/11/2019.

⁵ O Direito Administrativo nos 30 Anos da Constituição. 1ª edição. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2018

planejamento adequado e pelas distorções existentes nas normas legais a que se submetem os contratos administrativos. Assim, com base nas constatações aqui assinaladas, concluímos que apenas o aperfeiçoamento das fases da licitação não é suficiente para sepultar as mazelas que atingem os contratos administrativos no Brasil. Para que isso seja possível, é necessário promover uma verdadeira revolução no modo de pensar e processar as contratações públicas, focalizando as atenções no aperfeiçoamento da fase de planejamento das licitações e na flexibilização do regime de prerrogativas dos contratos administrativos.

Para Edgar Guimarães o Projeto de Lei n. 6.814/2017 “...apresenta algumas alterações interessantes, mas infelizmente não solucionam os problemas que vivenciamos hoje nas licitações públicas”.

O Projeto de Lei que trata da nova Lei de Licitações também foi objeto de debate no XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, nos dias 16 a 18 de outubro deste ano de 2019.

No citado evento foi realizado o painel - Licitações: perspectivas do novo marco regulatório, que contou com a participação do professor da PUC São Paulo André Luís Freire, do Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP Joel de Menezes Niebuhr, do Estado de Santa Catarina e do Advogado Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP, Edgar Guimarães, do Estado do Paraná.

Na oportunidade, o Dr. André Luís Freire ponderou que o projeto de lei ainda necessita de análise mais aprofundada, mas que ainda assim a Lei de Licitações trará avanços legislativos ao concentrar as normas existentes em apenas um dispositivo, ao trazer previsão legal quanto à desconsideração da personalidade jurídica, entre outros.

No entanto, para o Dr. Joel de Menezes Niebuhr a nova legislação ainda que contenha uma nova roupagem, traz a manutenção de muitos procedimentos administrativos burocráticos contidos na lei n. 8.666/1993, que afastam o objetivo principal que é o de aprimorar e dar maior celeridade/agilidade à licitações/contratações públicas, a exemplo do que ocorre em relação à previsão de estudo técnico preliminar para determinadas contratações o que, em muitos casos, se apresenta como medida desnecessária e implica em demasiada protelação/demora do certame licitatório.

Assim sendo, os debates que vêm ocorrendo no campo dos aplicadores do direito demonstram que ainda perduram as dúvidas quanto aos efetivos ganhos e evoluções que serão trazidas para o campo das licitações/contratações públicas.

4.1. Do Diálogo Competitivo

Entre as novidades contidas no Projeto de Lei n. 6.814/2017, se encontra a modalidade de licitação denominada diálogo competitivo.

Tal modelo se inspira na Diretiva da União Europeia n. 2004/18/CE (revogada pela Diretiva n. 2014/24) relativa a contratos públicos, a qual é denominada de diálogo concorrencial no referido diploma legal.

Entre as razões/motivações para a adoção do referido modelo na Europa, foram citadas a maior flexibilidade de escolha proporcionada às autoridades adjudicantes, por meio de negociação com os licitantes; a intensificação do comércio entre os países fronteiriços (com suas respectivas peculiaridades); a constatação por meio de avaliações/estudos no sentido de que a adoção de procedimento negocial possibilitaria a elevação do número de propostas e maior sucesso na obtenção de soluções aptas ao atendimento da finalidade pretendida; e outras.

De acordo com o previsto na nova Lei de Licitações, para a adoção da modalidade diálogo competitivo a Administração Pública deverá observar as condições previstas no art. 29 do referido diploma legal⁶.

⁶ Art. 29. O modo de diálogo competitivo é restrito a contratações em que a Administração: I – vise a contratar objeto que envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado; II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; ou c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; e III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas. § 1º Na hipótese de diálogo competitivo, será observado o seguinte: I – quando da publicação do instrumento convocatório, a Administração divulgará apenas suas necessidades e as exigências já definidas; II – os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital; III – é vedada a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante; IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento; V – o diálogo poderá ser mantido até que a Administração identifique a solução que atenda às suas necessidades; VI – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas; VII – ao declarar que o diálogo foi concluído, a Administração abrirá prazo não inferior a 20 (vinte) dias para que os licitantes apresentem suas propostas finais, que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto; VIII – a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou

Com base em todos os atos administrativos acima descritos, denota-se que o legislador pretende que empresas privadas e poder público desenvolvam um diálogo prévio, com o objetivo de desenvolver alternativas que melhor se enquadrem às necessidades da Administração Pública, por meio de obtenção de propostas/soluções efetivas.

Entretanto, assim como ocorre em relação a outros pontos do Projeto de Lei n. 6.814/2017, esta nova modalidade de licitação também vem despertando opiniões diversas.

Aqueles que defendem a vantajosidade da nova modalidade de licitação salientam que ela irá proporcionar abertura ao mercado de serviços/produtos, possibilitando a participação de um número maior de interessados.

Também entendem que irá se afastar de vez a presunção de que a Administração Pública tem total capacidade de prever, de maneira isolada, todas as soluções das quais irá necessitar, mesmo diante dos incontáveis segmentos de mercado, inovações tecnológicas e complexos ramos de atividade.

Para outros, irá se prevenir a elaboração de editais de maneira unilateral e isolada pela Administração, que por vezes culminam na celebração de contratos deficientes ou que não se enquadram ao que o mercado oferece de melhor (serviços/produtos).

Some-se a tais manifestações, o argumento de que será garantido o acesso a novos produtos e serviços, assegurando assim o correto e o eficiente atendimento às necessidades da coletividade.

Por sua vez e em sentido contrário, para muitos os critérios fixados no Projeto de Lei n. 6.814/2017 para a referida modalidade licitatória se apresentam muito vagos e imprecisos, no que diz respeito às condições que devem envolver o objeto a ser contratado, uma vez que em seu art. 29, I, se encontram termos como “*inovação*

distorçam a concorrência entre as propostas; IX – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios a serem divulgados a todos os licitantes no momento da abertura do prazo para apresentação de propostas finais; X – o diálogo competitivo será conduzido por banca composta de pelo menos 3 (três) servidores ou empregados públicos efetivos, admitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico da banca; XI – órgãos de controle poderão acompanhar e monitorar os diálogos. § 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso X do § 1º assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias”, sem que haja qualquer detalhamento mais claro.

Outra questão negativa suscitada, diz respeito à ausência de previsão de mecanismos institucionais mais seguros e transparentes para a condução do processo licitatório, que deverá ser conduzido por uma banca composta por 3 (três) servidores ou empregados públicos efetivos, sendo admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da banca.

No campo doutrinário, Marçal Justen Filho⁷ manifestou-se de forma favorável à nova modalidade licitatória prevista no Projeto de Lei n. 6.814/2017, tendo assim se posicionado:

(...) Críticas semelhantes podem ser realizadas a todas as leis de licitação vigentes. Todas são ruins porque não preveem mecanismos de participação, discussão e disputa efetiva entre os licitantes (...). Há uma única alternativa para resolver o problema da licitação: ampliar a competição. Isso envolve não apenas alterar radicalmente a disciplina da habilitação (que se encontra onde, mesmo? Na 8.666). É necessário consagrar o chamado “diálogo competitivo”, permitindo que os competidores controlem-se entre si. Nessa linha, os recursos e as impugnações dos competidores não são um problema, são a solução. As críticas da Administração aos recursos e impugnações refletem a postura equivocada em face da sociedade. É necessário superar a arrogância estatal. Especialmente em temas econômicos, o governo sabe muito menos do que o particular. Ou se instaura uma colaboração efetiva entre o Estado e os particulares ou o resultado continuará a ser a permanente repetição do fracasso (...).

Porém, embora outra parte da doutrina jurídica aponte alguns pontos positivos do Projeto de Lei, também suscita questões negativas, no seguinte sentido:

Inegável que o sistema jurídico brasileiro carece de uma nova lei de licitações, mais moderna e ajustada às contemporâneas necessidades da Administração Pública e dos potenciais interessados em contratar com ela. Seria, no entanto, uma nova Lei a solução e o remédio para todos os problemas relacionados às contratações públicas? Certamente não o será. Continuaremos padecendo, em maior ou menor grau, de problemas relacionados às indevidas influências políticas, à falta de capacitação técnica dos agentes públicos para conduzir as licitações, ou às mazelas relacionadas às fraudes, formação de cartel e corrupção no seu mais amplo sentido⁸.

⁷ <http://justenfilho.com.br/tags/lei-8666/>. Acesso no dia 21/11/2019

⁸ <https://www.zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-remedio-para-todos-os-males/>. Acesso em 25/11/2019.

O modelo gerencial é melhor para empresa privada, mas imprestável para Administração Pública. Nela, funciona o modelo burocrático. Por que? O modelo burocrático é muito mais efetivo no combate à corrupção, na garantia de uma atuação “impessoal”, “legal”, “moral”. Perceba-se: o agente deve cumprir um procedimento previamente fixado, sem muita liberdade de atuação. Logo, é o mesmo procedimento para todos, sem “manipulação”, sem favoritismo ou perseguição, sem, enfim, margem para desonestidade. Perceba-se: pela atuação burocrática, não interessa se o administrado tem o sobrenome “a” ou “b”, ele é um cidadão, como qualquer outro. A atuação é impessoal, cabe ao subordinado executar os comandos abstratos (...).

(...) Finalmente, “diálogo competitivo” é fantástico se os agentes da Administração forem honestos. Eles dialogam com os licitantes para obter o melhor para o interesse público. Se forem desonestos, a modalidade é um facilitador da burla da competição. Pelo diálogo competitivo é possível contornar a disputa para favorecer alguém específico. Nas mãos de desonestos, a ideia é um eficiente instrumento para fazer a “empresa amiga” vencer o certame⁹.

(...) é preciso dizer que o saldo é positivo. O que até aqui se discutiu e se refletiu no texto do projeto é, sem dúvida, melhor do que o atual cenário legislativo. É lógico que muitos esperavam muito mais, e é verdade que a proposta ainda é muito tímida na desconstrução de conceitos tradicionais (alguns remontam ao balzaquiano Decreto-Lei 2.300, de 86), que mais atrapalham do que ajudam. Contudo, há inovações e correções de distorções da prática da contratação governamental¹⁰.

Há ainda manifestações tecendo ponderações acerca da adoção de certas medidas para o efetivo atingimento da finalidade da lei, no seguinte sentido:

O diálogo competitivo, se bem conduzido, tende a melhor instruir a Administração na compreensão das alternativas e dos riscos envolvidos na contratação pretendida. Possibilita, ainda, maior alinhamento entre os interesses e as expectativas das partes contratantes, favorecendo a construção de soluções com maior aderência aos anseios da Administração Pública. Como consequência, esses fatores tendem a agregar maior consistência, estabilidade e segurança jurídica nas contratações públicas.

Para seu sucesso, porém, é extremamente importante que o procedimento do diálogo seja orientado por regras claras, que possibilitem condições igualitárias de negociação com os particulares licitantes, bem como observância aos princípios da transparência, do controle, da isonomia e da segurança jurídica.

(...) para que o procedimento se mostre exitoso, é fundamental que a Administração se cerque de técnicos e negociadores experientes, o que requer a capacitação dos agentes públicos envolvidos neste procedimento ou, ainda, a contratação de consultores especializados,

⁹<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>. Acesso em 25/11/2019

¹⁰ <https://www.conjur.com.br/2019-out-28/caio-souza-loureiro-esperar-lei-licitacoes>

ao menos até que a Administração desenvolva equipes capazes de conduzir sozinhas este processo. A contratação de profissionais para assessoramento técnico da Administração é, inclusive, admitida pelo PL.

Assim, se observa que os embates ocorridos em torno do Projeto de Lei n. 6814/2017, em certos momentos, versam sobre a forma como deverão ser conduzidos os atos administrativos referentes aos processos licitatórios e se estes, efetivamente, propiciarão a tão aguardada celeridade/agilidade. Em outros, as abordagens denotam preocupações em relação à possível prática de ilícitudes pelos responsáveis pela condução dos certames o que, aliás, sempre foi o tendão de Aquiles da Administração Pública, independentemente da modalidade licitatória adotada.

CONCLUSÃO

Percebe-se ser inconteste o fato de que até os dias atuais, a lei n. 8.666/1993 se apresenta como o instrumento hábil ao bom desenvolvimento de licitações/contratações públicas, pois surgiu em um momento de constantes práticas de atos ilícitos e contrários aos preceitos da Administração Pública.

O grande marco trazido para o campo legislativo pela lei n. 8666/1993, na época da sua edição, foi a obrigatoriedade da observância a inúmeros atos administrativos pelos agentes responsáveis pela condução de certames licitatórios, servindo assim de obstáculos a irregularidades que eram frequentemente praticadas, principalmente, nas fases internas das licitações, o que trouxe maior segurança jurídica aos licitantes participantes e evitou prejuízos à Administração Pública.

Não obstante a irrefutável importância da mencionada lei, esta passou a ser vista como instrumento prejudicial e burocrático ao bom e ágil andamento dos processos licitatórios, o que levou ao surgimento de outros diplomas legais no nosso campo normativo, os quais introduziram novas modalidades de licitação para situações específicas até então não alcançadas pela lei n. 8666/1993.

Nos dias presentes e em razão de inovações surgidas, principalmente no campo tecnológico e que demandam maior celeridade por parte da Administração Pública, evidenciou-se a necessidade de atualização das normas que tratam de licitações.

Tal questão levou o legislador à busca por uma nova lei que possa contemplar, em único diploma legal, os conjuntos normativos que tratam de

licitações/contratações públicas e que se encontram dispersos nos vários diplomas legais em vigência no nosso ordenamento jurídico.

Assim, o Congresso Nacional se encontra às voltas com a apreciação/votação do Projeto de Lei 6.814/2017, por meio do qual se pretende a reestruturação do comando legal que trata de licitações e contratações no âmbito da Administração Pública, legislação esta que encontra apoio de parte dos operadores do direito, mas forte resistência de tantos outros, uma vez que os primeiros a tem como instrumento inovador e hábil ao aumento da segurança jurídica e da eficiência no campo das licitações, enquanto do outro lado ela é vista como uma velha legislação apenas como nova roupagem, que não trará consigo o objetivo precípuo da desburocratização dos processos licitatórios.

Fato é que a futura lei de licitações, a princípio, contém muitas proposições aptas à correção de falhas que comumente são verificadas em licitações/contratações públicas levadas a efeito sob a égide das leis que atualmente que regulam o assunto.

No entanto, somente a efetiva aprovação e entrada em vigência da lei de licitações que se encontra em fase final de elaboração no Congresso Nacional, será possível a verificação dos efetivos ganhos que serão trazidos para a Administração Pública e por consequência, para a sociedade, que clama pela boa prática administrativa no que se refere à condução de processos licitatórios e contratações públicas, de uma forma mais transparente, eficiente e desprovida da contumaz prática de ilícitos, o que na maioria dos casos implica em prejuízos aos cofres públicos e no não atendimento das necessidades da população brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UNZxbugmfQ0J:www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-no-brasil/+&cd=8&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 18/11/2019.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jy1J2fviIvYJ:www.direitodoestado.com.br/noticias/balanco-dos-20-anos-da-lei-8-666-1993-marcam-o-primeiro-dia-de-debates-do-ix-congresso-brasileiro-de-licitacoes-contratos-e-compras-governamentais+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 18/11/2019.

<https://administradores.com.br/artigos/artigo-a-historia-da-lei-8-66693>. Acesso em 18/11/2019.

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10520-17-julho-2002-472321-exposicaodemotivos-150131-pl.html>. Acesso em 19/11/2019.

<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/lei-das-licitacoes/documentos/audiencias-publicas/AP080415LusPonte4OrigemfundamentoseobjetivosdaLei8666.pdf>. Acesso em 18/11/2019.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em 20/11/2019.

<https://jus.com.br/artigos/55772/regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-rdc-limites-e-potencialidades-para-aplicacao-em-municipios/3>. Acesso em 20/11/2019

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em 20/11/2019.

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DCAD35C5402D9D305AEE85705FE0D2BB.proposicoesWebExterno1?codteor=182910&filenome=PL+2546/2003. Acesso em 20/11/2019.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Fwli7u5xcu4J:ibda.com.br/noticia/xxxiii-congresso-brasileiro-de-direito-administrativo-debate-projeto-da-nova-lei-das-licitacoes+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 18/11/2019.

<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/relator-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-recebe-as-consideracoes-do-tcu.htm>. Acesso em 19/11/2019.

<https://www.zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-remedio-para-todos-os-males>. Acesso em 19/11/2019.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella e Motta, Fabrício (Coord.). O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. 1ª edição. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2018.

<https://www.editoraforum.com.br/noticias/item/professora-maraa-sylvia-aponta-falhas-na-lei-8-66693-e-afirma-que-licitacoes-sao-portas-abertas-para-corrupcao/>. Acesso em 21/11/2019.

<http://justenfilho.com.br/tags/lei-8666/>, Acesso em 21/11/2019.

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI308223,31047-Nova+lei+de+licitacoes>. Acesso em 22/11/2019.

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/12/1841209-senado-aprova-nova-lei-de-licitacoes-com-restricoes-ao-tcu.shtml>. Acesso em 22/11/2019.

<https://www.conjur.com.br/2018-out-19/opinioao-reforma-lei-licitacoes-reestruturar-administracao>. Acesso em 23/11/2019.

<https://www.conjur.com.br/2019-mai-22/felipe-dal-belo-lei-estatais-melhorou-regulamento-licitacoes>. Acesso em 26/11/2019.

<https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opinio-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas>. Acesso em 26/11/2019.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fgkOvxokbvUJ:www.olicitante.com.br/camara-aprova-pl-licitacoes-nova-lei/+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 27/11/2019.

<https://www.conjur.com.br/2019-out-28/caio-souza-loureiro-esperar-lei-licitacoes>. Acesso em 27/11/2019.