

PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI DE LICITAÇÕES E NA LEI DE CONCESSÕES

Guilherme Jardim Jurksaitis

Guilherme Jardim Jurksaitis é professor do curso de pós-graduação em direito administrativo da FGV Direito SP (GV Law), coordenador de direito administrativo da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e mestre e doutorando em direito do Estado pela Universidade de São Paulo (FD-USP).

Introdução

A proposta de alteração legislativa a seguir apresentada é pontual e alcança poucos dispositivos da Lei de Licitações, a Lei Federal 8.666/93, e da Lei de Concessões, a Lei Federal 8.987/95. A aposta é a de que pequenas mudanças podem surtir resultados significativos.

Em ambientes tumultuados como o atual, e em assuntos delicados e que interferem em interesses organizados, grandes mudanças encontram inúmeras resistências, o que leva à estratégia de bloqueio e contribui para a manutenção do estado atual. Para contornar essa percepção, optou-se por sugerir pequenos ajustes no regramento atual. Por motivo similar buscou-se aproveitar, sempre que possível, a redação de textos legais já em vigor.

Além disso, acredita-se que mudanças pontuais podem contribuir para racionalizar um sistema profundamente caótico e de práticas já enraizadas, com resultados bastante proveitosos.

É verdade que se encontra em estágio avançado a tramitação do projeto de lei do Senado 559/2013, que reforma a atual de licitações, mas é por todos conhecida a dificuldade de se alterar a Lei Federal 8.666/93, de sorte que não trará surpresas se o projeto atual acabar em algum escaninho do Congresso. Independentemente disso, referido projeto mantém a lógica e a estrutura da atual lei em sua essência, sem que nele existam dispositivos análogos ao que ora se propõe reformar.

Em linhas gerais, a proposta de alteração legislativa que ora se apresenta, sem a pretensão de trazer soluções a todos os problemas do atual regramento, procurou aprimorar a adoção da licitação na modalidade de convite, a celebração de aditamentos contratuais, a publicidade dos negócios públicos e a atuação dos tribunais de contas.

Restrição ao uso da licitação na modalidade de convite

Apesar dos avanços conhecidos proporcionados pelo pregão, parte significativa das compras públicas municipais ainda é feita por convite, que é sabidamente uma modalidade de licitação com regras de publicidade menos rigorosas, pouco competitiva e, por esses motivos, mais suscetível a desvios.

Tomando como exemplo os municípios da região metropolitana de São Paulo, sem a capital, 68,80% das contratações feitas no ano de 2013 foram processadas por convite ou por contratação direta, e apenas 29,96% por pregão (FERNANDES; JURKSAITIS, 2014).

De outro lado, o convite revela-se como modalidade mais célere e, quiçá, necessária em mercados pouco competitivos. Na mesma linha, o aprimoramento da legislação, no futuro, pode incrementar as regras atinentes ao convite aproximando-o de uma licitação em lista fechada.

Por essas razões, não parece conveniente suprimir a modalidade de licitação por convite.

Nesse contexto, a proposta é a de conferir maior publicidade às licitações por convite e ao mesmo instituir ônus de justificativa para o gestor ao optar por essa modalidade.

Adotando-se como referência a experiência do estado de São Paulo com o pregão, que se tornou modalidade preferencial de licitação para aquisições, nos termos do decreto paulista 51.469/2007, devendo-se justificar os casos em que o pregão não for empregado, a limitação ao convite instituiria o inverso: o uso residual e excepcional do convite, em casos devidamente justificados, observando-se sempre os limites já fixados pela lei 8.666/93.

Desse modo, propõe-se incluir um dispositivo na lei de licitações que condicionasse a adoção do convite à prévia justificativa dessa opção, inclusive em face dos licitantes convidados.

Mais transparência para os aditamentos a contratos públicos

Os aditamentos contratuais constituem foco de constante insegurança jurídica. Deve-se reconhecer desde logo que é impossível antever, no início do processo de licitação, todas as circunstâncias e vicissitudes que se sucedem ao longo da execução contratual. Justifica-se assim a necessidade de algum espaço para alterações do pacto original sem prejuízo de sua continuidade.

Embora bastante diverso, o exemplo de uma obra doméstica ajuda a ilustrar o que se está afirmar: quantas vezes a reforma da sala, que duraria quinze dias, acaba terminando meses depois e por um custo significativamente diferente? É só o marceneiro retirar o armário embutido que logo aparece uma infiltração vinda da cozinha que até então era desconhecida. Ao invés de uma pintura de parede, tem-se que quebrar a estrutura, trocar o cano, fechar o buraco, lixar e repintar...

Algo similar sucede com as obras públicas, guardando-se as devidas proporções. A experiência internacional confirma que a ocorrência de mudanças na execução de grandes contratos não é exclusividade dos contratos públicos brasileiros. O edifício que abriga o Parlamento escocês, por exemplo, teve um custo final 1600% superior ao orçamento inicialmente, sem que houvesse notícias de corrupção ou de malversação de recursos públicos. E não foi muito diferente durante a construção da sede do banco da Noruega ou do Canal de Suez (FLYVBJERG, 2016).

O problema não está, portanto, em se alterar o pacto original em virtude da superveniência de eventos ou de circunstâncias não previstas inicialmente, mas em fazê-lo de modo a desnaturar o objeto originalmente pretendido, alterando suas finalidades e, principalmente, seus custos.

A lei de licitações previu uma restrição bastante clara para as alterações contratuais, que é o limite percentual a incidir sobre o valor originalmente estabelecido para o contrato. Admitem-se alterações em contratos públicos, desde que não superem os percentuais fixados pela lei.

A lei de concessões de serviços públicos não contempla limitador análogo, e é consenso na doutrina a sua impertinência para as concessões. Os estudiosos reconhecem, no entanto, a existência de limitação implícita para a alteração de contratos de concessões que importem na alteração do objeto inicialmente previsto. Não é possível alterar contrato de concessão rodoviária para incluir, no mesmo contrato, a concessão de um aeródromo situado em terreno adjacente à rodovia.

Além dos limites percentuais estabelecidos pela lei de licitações para as alterações contratuais, há relativo consenso de que o regime jurídico dos contratos públicos quis impedir que o objeto licitado fosse desnaturado por mudanças implantadas durante sua execução.

Mas ainda que se observem essas cautelas, a desconfiança dos órgãos de controle e da imprensa em relação aos aditamentos contratuais permanece grande.

Por outro lado, sabe-se que, em um ambiente sem publicidade, os conluíus e os abusos encontram campo fértil para prosperar. Mas não se pode ignorar que mudanças e ajustes no curso da execução dos contratos são necessárias e até esperadas, especialmente nos contratos mais complexos e nos de longo prazo.

Nesse contexto, a proposta é estender, expressamente, a aplicação de regras de transparência, muitas delas já aplicadas para a celebração de contratos públicos, também a seus aditamentos.

Recomenda-se, assim, regramento procedimental para a celebração de aditamentos contratuais, reconhecendo as peculiaridades e necessidades locais e estabelecendo, principalmente, deveres de publicidade quanto às razões do aditamento, às alternativas disponíveis para resolver a situação imprevista que levou ao aditamento e aos valores envolvidos vis a vis os praticados na licitação (JURKSAITIS, 2015).

Divulgação de editais e contratos por meio eletrônico

Igualmente, a fim de conferir mais transparência aos contratos públicos, propõe-se tornar obrigatória a divulgação do inteiro teor dos editais de licitação, do extrato de contrato e dos aditamentos contratuais no sítio eletrônico da respectiva unidade administrativa.

Deve-se frisar que o cumprimento dessa providência obrigatória não substitui o regramento já existente para a divulgação do procedimento licitatório. Na mesma linha exposta no início, a aposta é a de que mudanças profundas no texto da lei ou nas práticas e costumes da administração encontram resistências que inviabilizam avanços menores, que, não obstante, têm potencial de alcançar bons resultados.

Em igual direção é a substituição do dever de realizar audiência pública – que se dá presencialmente – no início de licitações de grande monta pelo dever de sub-

meter, nesses casos, o edital e seus anexos à consulta pública – por meio eletrônico e com registros precisos das propostas e das respostas.

Dever de pré-questionamento administrativo como condição de admissibilidade, pelos tribunais de contas, de representação contra edital de licitação

Assiste-se a uma tendência de buscar a intervenção dos tribunais de contas, em sede cautelar, para obstar o andamento de licitações públicas. A experiência do tribunal de contas do estado de São Paulo, que é o maior do país, mostra um número crescente de processos instaurados a partir de provocação de terceiros interessados para o exame de editais de licitação.

O acesso aos tribunais de contas é gratuito, aberto e quase atemporal, prescindindo o interessado de qualquer requisito específico ou ônus para provocar a jurisdição do tribunal.

Ao menos duas consequências emergem desse cenário.

A primeira é afeta aos tribunais de contas, e consiste no dispêndio de recursos para o exame prévio de instrumentos convocatórios que sequer despesas geraram. A segunda refere-se à insegurança da unidade administrativa promotora do certame, que corre o risco de ter sua licitação paralisada a qualquer momento e sem aviso anterior, pois muitas vezes a atuação do tribunal nesses casos de exame prévio de edital se dá sem a oitiva do órgão público em razão da ausência de tempo hábil para tanto.

A instituição de cobrança para acessar o tribunal não parece boa, pois pode inibir indevidamente a participação popular nos negócios públicos e do tribunal. Igualmente, o estabelecimento de parâmetros legais rigorosos para orientar a atuação dos tribunais de contas parece violar a autonomia de cada tribunal e comprometer sua atuação eficiente, pois é impossível, para a legislação, acompanhar a experiência prática e as inovações dela advindas.

Por essas razões, a proposta do projeto é impor o dever de “pré-questionamento” para que se determine a sustação cautelar de licitações cujo exame chega ao tribunal por intermédio da provocação de terceiros. Desse modo, a comprovação de impugnação administrativa, nos termos já previstos em lei, constituiria elemento indispensável para o deferimento de medida cautelar em sede de exame prévio de edital de licitação.

A previsão desse requisito não inviabilizaria a requisição de ofício de edital de licitação e a determinação de paralisação do respectivo procedimento nos termos autorizados pelo art. 113, § 2º da lei de licitações.

Ao instituir o que aqui se convencionou chamar de “dever de pré-questionamento”, a ideia é reduzir os incentivos ao socorro ao tribunal e prevenir a unidade administrativa promotora do certame, sem prejuízo do exercício de ofício, pelos tribunais de contas, do exame previsto na lei de licitações.

A seguir, a proposta de projeto de lei.

São Paulo, maio de 2017.

PROJETO DE LEI

Altera a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei Federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Art. 1º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 21 –

§ 1º-A: Independentemente da modalidade de licitação eleita e do orçamento estimado, o inteiro teor do ato convocatório deverá estar disponível no sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores, em local de fácil acesso e de forma gratuita, exceto quanto aos anexos que, por envolverem elementos gráficos, não puderem ser acessados por meios eletrônicos convencionais.

Art. 22 –

§ 3º: Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, extensível aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 3º-A: A divulgação do ato convocatório do convite deverá observar o disposto no art. 21 desta Lei.

§ 3º-B: A adoção do convite deverá ser justificada pela autoridade responsável quando da abertura dos respectivos autos do processo de licitação, inclusive quanto à escolha dos interessados convidados.

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, a minuta de edital e seus anexos serão obrigatoriamente submetidos à consulta pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Art. 61 –

Parágrafo único passa a ser § 1º.

§ 2º – O extrato de contrato deverá ser publicado no sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

Art. 65 –

§ 2º-A: Os acréscimos contratuais que excederem os valores previstos no art. 23, I, alínea “c” [R\$ 1.500.000,00], no caso de obras e serviços de engenharia, e no art. 23, II, alínea “c” [R\$ 650.000,00], no caso de compras e serviços, deverão ser precedidos de consulta pública, na forma do art. 39, caput, a qual deverá ser acompanhada dos seguintes documentos:

- a – justificativas técnicas para a celebração do aditamento, considerando, inclusive, as razões pelas quais a realização de nova licitação mostra-se inviável ou antieconômica;
- b – minuta do termo de aditamento;
- c – pesquisa de preços; e
- d – estudos envolvidos, quando houver.

§ 9º: Independentemente do disposto no § 2º, os avisos contendo os resumos dos aditamentos, incluindo os valores envolvidos, deverão ser publicados no sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores [redação usada no art. 15, § 1º, II, da Lei do RDC] e em jornal oficial ou em jornal diário de grande circulação local.

§ 10: O prazo entre a publicação dos avisos previstos no parágrafo anterior e a assinatura do aditamento será de no mínimo 8 (oito) dias úteis.

Art. 113 –

§ 1º-A: Quando a representação prevista no parágrafo anterior referir-se aos termos do edital de licitação e de seus anexos, a comprovação de impugnação administrativa, nos termos do art. 41, § 1º desta lei, é requisito indispensável para sua admissibilidade.

Art. 2º A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 9 –

§ 4º: Em havendo alteração do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração, por intermédio de aditamento contratual.

§ 5º: As modalidades de reequilíbrio econômico-financeiro disponíveis deverão ser apresentadas pelo poder concedente ao contratado, que deverá

expor, motivadamente, as razões técnicas e econômicas para a escolha da modalidade eleita, conferindo ao contratado a possibilidade de pronunciar-se sobre ela.

§ 6º: Os avisos contendo os resumos dos aditamentos, incluindo o disposto no § 5º, deverão ser publicados no sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo poder concedente na rede mundial de computadores.

§ 7º: O prazo mínimo entre a publicação dos avisos previstos no parágrafo anterior e a assinatura do aditamento será de no mínimo 30 (trinta) dias.

§ 8º: Quando o reequilíbrio econômico-financeiro importar na alteração do prazo de duração do contrato de concessão, ou na majoração das tarifas vigentes, a minuta do correspondente aditamento contratual deverá ser submetida à consulta pública, mediante publicação de aviso na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a alteração contratual e para o aditamento, inclusive quanto à modalidade eleita, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões.

Art. 14-A – Nas concessões de serviço público, a minuta de edital e de contrato deverá ser submetida à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital. 

Referências Bibliográficas

FERNANDES, G.A. JURKSAITIS, G.J. "A miopia econômica da legislação de licitações". **Valor Econômico**, 11/4/2014. Artigo disponível em plataforma aberta no endereço [http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=102], acesso em 22/6/2017.

FLYVBJERG, B. "What you should know about megaprojects and why: an overview". *Project Management Journal*. **Oxford University Press**. April/May 2014. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2424835], acesso em 8/5/2017

JURKSAITIS, G. J. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: JURKSAITIS, G. J.; SUNDFELD, C. A. (Orgs.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.: 277-294.