

Entrevista com o professor Rafael Sérgio Lima de Oliveira sobre o projeto que altera a Lei de Licitações e Contratos, PLS 559/2013

◀ Plenário do STF delimita responsabilidade da administração pública nas terceirizações

Entrevista sobre as Contratações de TI com o professor Diogo da Fonseca Tabalipa ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista com o professor Rafael Sérgio Lima de Oliveira sobre o projeto que altera a Lei de Licitações e Contratos, PLS 559/2013
por Rodrigo Mady - segunda, 3 Abr 2017, 11:49

Entrevista com o professor Rafael Sérgio Lima de Oliveira sobre o projeto que altera a Lei de Licitações e Contratos, PLS 559/2013

(03/04/2017) Na décima terceira entrevista exclusiva para a Comunidade de Prática de Compras Públicas da Escola Nacional de Administração Pública (Enap), o professor Rafael Sérgio Lima de Oliveira falou sobre o projeto que altera a Lei de Licitações e Contratos, PLS 559/2013. As perguntas foram elaboradas pelo professor da Enap Daniel de Andrade Oliveira Barral.

Rafael Sérgio Lima de Oliveira é doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa e possui Graduação e Mestrado em Direito. É Procurador Federal da Advocacia-Geral da União e colaborador do Portal L&C. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo, atuando principalmente na área de Licitações e Contratos Administrativos.

Daniel de Andrade Oliveira Barral é Assessor Jurídico do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI. Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União. Especialista em Direito Público e Direito Empresarial. Professor do Instituto de Direito Público – IDP, da Escola da Advocacia-Geral da União - EAGU e da Escola Nacional de Administração Pública – Enap. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito dos Transportes da UnB – GETRA-UnB

1. Qual o contexto de criação do PLS nº 559/2013 e qual o estado em que ele se encontra?

Rafael: O Projeto de Lei do Senado nº 559/2013 é resultado do trabalho da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, criada pela Presidência do Senado em 2013, para revisar a legislação vigente relativa à matéria de contratação pública e propor um projeto no qual houvesse a atualização e a modernização necessárias. Do trabalho da comissão resultou uma proposta que não foi exatamente essa aprovada pelo Senado, mas era bem parecida. O processo envolveu diversos atores. O próprio governo também participou do debate. Há outros projetos tramitando em paralelo, inclusive houve tentativa do Executivo de levar ao Congresso um texto seu, mas o consenso foi construído em cima do Projeto da mencionada comissão temporária com algumas alterações. Nesse contexto é que foi construído o PLS, que foi aprovado pelo plenário do Senado Federal em 13 de dezembro de 2016 e já se encontra na Câmara dos Deputados para a sua deliberação.

2. A realidade brasileira pede uma nova legislação mesmo depois de alterações decorrentes da Lei do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC?

Rafael: Entendo que sim. Há alguns anos que uma atualização é pedida, pois de 1993, ano da Lei nº 8.666, até os dias atuais várias foram as modificações ocorridas na Administração Pública e no mercado do qual ela se vale.

Foram alterados os serviços, os produtos, as formas de fornecimento, o regime de execução dos serviços, o sistema de garantia dos contratos e outros pontos mais. Por isso, a Lei nº 8.666/1993 não está adequada aos dias atuais. Para se ter uma ideia, no âmbito da União Europeia, houve uma significativa alteração em matéria de contratação pública em 2004, com a Diretiva 2004/18/CE, e esse modelo de 2004 já foi revisado há três anos com a Diretiva 2014/24/UE. É verdade que o caso da União Europeia é peculiar, pois se trata de um regime unificado de contratação estatal que ainda está em construção. Mas, de toda forma, a comparação entre a norma de 2004 e a 2014 demonstra que a última decorreu da necessidade de modernização, ante os desafios vividos pelo Estado de hoje. Isso serve para demonstrar o quanto o Brasil necessita se voltar para sua legislação sobre contratação pública. Mesmo alterações por meio de leis adjacentes, como é o caso da Lei nº 10.520/2002 – a Lei do Pregão – e da Lei nº 12.462/2011 – a Lei do RDC –, não são suficientes porque criam microssistemas, mas mantêm a mesma matriz. O ideal, depois de tanto tempo e de tantas alterações, é a construção de uma nova legislação para a modernização e compilação, aproveitando, neste ponto, as experiências positivas vividas. Por isso, percebe-se que a ideia do PLS é a modernização da legislação e a compilação das leis existentes sobre licitações e contratos. Se aprovado o PLS nº 559/2013, serão revogadas as Leis do Pregão e do RDC. Assim, deve-se dizer que o PLS traz novas regras e incorpora no sistema geral institutos que atualmente são válidos apenas para o pregão e para o RDC.

3. O PLS traz as alterações esperadas pelos especialistas do setor de contratação pública?

Rafael: Quanto aos especialistas, esse é um ponto sensível porque sempre há significativas variações entre o que é o modelo ideal para uns e outros. Não tenho dúvidas que o PLS, do modo como ele está, avança em relação à legislação atualmente vigente. É verdade que alguns pontos poderiam ter tido avanços maiores. Aqui pode ser destacado a questão das parcerias para inovação, as certificações e as rotulagens como requisitos de habilitação e o critério de julgamento da proposta baseado na relação qualidade/preço. É fato que o Projeto até enfrenta essas questões em alguma medida, mas não a ponto de solucionar os problemas hoje já constatados. Um exemplo interessante é a figura do carona no registro de preço. O Projeto não traz essa figura, mas o § 1º do seu art. 77 diz que a “contratação com base na ata de registro de preços somente poderá ser efetuada por órgão ou entidade gerenciadora e por órgão ou entidade participante, salvo em caso devidamente justificado”. Ou seja, depois de tantas polêmicas sobre o carona, perde-se a oportunidade de enfrentar a questão e se deixa uma abertura, pois ressaltar a possibilidade de uso da ata por outros que não o gerenciador e o participante é deixar espaço para que o carona a utilize. O melhor seria uma posição clara do legislador: ou pode ou não pode, e se possível, por se tratar de um tema sensível, regulamentar ou remeter a regulamentação para o Executivo. São casos como esses que poderiam ter tido avanços, mas não houve.

4. O que o Projeto absorve da Lei do Pregão e do RDC?

Rafael: Inicialmente, deve ser notado que o PLS 559 herda uma característica comum a ambos os procedimentos, que é a inversão da fase de julgamento e habilitação. Como já ocorre no RDC e no pregão, as demais modalidades de licitação passam a ter a fase de julgamento antes da habilitação. O novo texto admite que primeiro se realize a habilitação, mas só em casos nos quais exista a justificativa. Especificamente em relação à Lei do Pregão, essa modalidade foi incorporada pelo projeto com algumas poucas alterações em relação ao seu cabimento. No que toca ao RDC, ele não é previsto no PLS como um procedimento específico. Muitos dos elementos que hoje são característicos do RDC são incorporados às demais modalidades de licitação. Em outras palavras, a modalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas acaba, mas o que lhe era peculiar passa a fazer parte das demais modalidades. A título de exemplo, é possível citar a contratação integrada, o uso de registro de preços para obras, o critério de julgamento das propostas de maior retorno econômico para a figura do contrato de eficiência, o critério de julgamento de melhor conteúdo artístico e a possibilidade de sigilo do orçamento estimado da Administração.

5. Quais as novidades que a aprovação do PLS trará ao ordenamento jurídico das contratações públicas?

Rafael: Sobre essa questão é importante fazer um apontamento. Existem diversos dispositivos do Projeto que representam uma inovação do ponto de vista legislativo, porque se trata do avanço da lei em regular uma questão sobre a qual ela é omissa até o presente momento. Entretanto, a novidade legislativa contida no PLS nº 559 nem sempre representa a implantação de uma nova prática na contratação pública brasileira. O critério de julgamento das propostas com base no maior desconto, por exemplo, em que pese só houvesse legislação autorizando o seu uso no RDC, já era aplicado no pregão por ser uma forma de alcançar o menor preço. No projeto o critério de maior desconto passa a ter previsão como um tipo de licitação, razão pela qual pode se dizer que se trata de uma novidade do ponto de vista da lei, mas não na prática da licitação. Outro exemplo como esse é o credenciamento, que não tem previsão legal, mas que já era, ainda que de forma tímida, praticado. Destacaria que a sustentabilidade deixa de ser uma finalidade, como está hoje na Lei nº 8.666/1993, para se tornar um princípio. Ainda sobre os princípios, é relevante notar que o Projeto prevê no art. 4º alguns cuja ausência é sentida na Lei nº 8.666, dentre os quais vale salientar o da motivação. São constantes os problemas em processos de contratação pública que decorrem da falta de exposição dos motivos que levaram à decisão. Há uma significativa mudança na distribuição das modalidades de licitação, com destaque para a criação do diálogo competitivo. Em relação aos contratos, merece menção a possibilidade de seguro da contratação no qual a seguradora assume a obrigação de concluir o objeto do contrato caso a contratada falte; e a figura do contrato de execução continuada para bens e serviços, cuja vigência pode ser de até 5 (cinco) anos, renováveis por mais 5 (cinco).

6. Quanto às modalidades de licitação, como fica o PLS nº 559/2013?

Rafael: Esse é um ponto muito interessante. O concurso e o leilão são mantidos praticamente com a mesma configuração presente na Lei nº 8.666/1993. Em relação ao pregão, se comparado ao modelo atualmente vigente, ele é mantido com algumas poucas modificações relativas ao seu escopo, pois no PLS ele passa a ser aplicável também para obras consideradas comuns cujo valor estimado do contrato seja inferior a R\$ 150 000 00 (cento e

também para obras consideradas comuns cujo valor estimado do contrato seja inferior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e, por outro lado, deixa de ser aplicável às contratações para aquisição de bens e prestação de serviços consideradas de grande vulto (aquelas superiores a cem milhões de reais, conforme definido no inciso XX do artigo 5º do PLS) e a contratações de serviços de engenharia cujo valor estimado seja igual ou superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). O convite é mantido para a adjudicação de contratos de serviços, inclusive de engenharia, de bens e de obras com características especiais e cujo valor estimado seja inferior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). A concorrência fica destinada à adjudicação de contratos de serviços e de bens não considerados comuns; à contratação de obras e serviços de engenharia considerados comuns cujo valor estimado seja igual ou superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e às contratações para aquisição de bens e prestação de serviços consideradas de grande vulto. A grande novidade é o diálogo competitivo, cujo escopo é, embora a lei não utilize essa expressão, a adjudicação de contratos considerados complexos.

7. Ainda sobre as modalidades, muito tem se falado do diálogo competitivo. Quais as principais características desse procedimento

Rafael: Realmente, o diálogo competitivo tem sido destacado no Projeto. Trata-se de um instituto oriundo do Direito Europeu cujo foco inicial foi incentivar os Estados-Membros da União Europeia a promoverem parcerias público-privadas, as PPP's. A ideia subjacente nessa modalidade de licitação é a de que o setor privado pode contribuir para as soluções públicas. Por isso, ele é apropriado para aquelas situações nas quais o poder público sabe da sua necessidade, mas não sabe como supri-la. No diálogo competitivo, o objeto da contratação é concebido no curso da licitação. O procedimento é composto por 3 (três) fases: a qualificação, o diálogo propriamente dito e o julgamento das propostas. A primeira fase e a última pouco diferem do que existe na concorrência na forma como regulada hoje, sendo a fase de qualificação, digamos assim, equivalente à habilitação. Na etapa do diálogo cada candidato apresenta a sua solução à Administração. Note que aqui é diálogo mesmo, pois cada licitante apresenta sua proposta de objeto do contrato de maneira individualizada para a Administração. Escolhida a solução, parte-se para o julgamento das propostas, que deve ocorrer de acordo com um dos critérios de julgamento previstos no PLS nº 559. Essa modalidade é apta para casos extremamente complexos, sendo, por isso, de aplicação restrita. Na Europa, poucos são os países que se valem dessa espécie de procedimento, apesar de o terem positivado no seu direito interno. Ele é bastante utilizado na Inglaterra e na França. Além disso, é preciso ter atenção na forma como ele está previsto no Projeto, pois possui algumas inconsistências. Por exemplo, se o Projeto for aprovado como está, o diálogo não poderá ser aplicado às PPP's.

8. O que você nos diria a título de considerações finais?

Rafael: Creio que a Administração Pública passa por um momento importante. A legislação de contratação pública de qualquer nação é fundamental para a qualidade dos serviços públicos prestados e para a implementação de políticas públicas das áreas econômica e social. Por isso, é importante que a sociedade, sobretudo aqueles que se envolvem diretamente com a matéria, se envolva nesse debate para que o PLS possa ser aperfeiçoado na Câmara. Mas é preciso reconhecer que uma nova legislação não é o bastante. É preciso qualificar os agentes envolvidos no processo de contratação para gerenciar esse mesmo processo em busca da qualidade dos resultados de um contrato público.

◀ Plenário do STF delimita responsabilidade da administração pública nas terceirizações

Entrevista sobre as Contratações de TI com o professor Diogo da Fonseca Tabalipa ▶

[Voltar para o início da comunidade ➡](#)

