

Entrevista sobre o Projeto que altera a Lei de Licitações e Contratos com o professor e Desembargador Jessé Torres Pereira Junior



◀ Frente Nacional de Prefeitos e SEBRAE realizam em abril o IV Encontro dos Municípios com o Desenvolvimento Sustentável (EMDS)

Entrevista sobre licitações e contratações da Administração Pública com o Professor Marçal Justen Filho ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista sobre o Projeto que altera a Lei de Licitações e Contratos com o professor e Desembargador Jessé Torres Pereira Junior
por Rodrigo Mady - terça, 7 Mar 2017, 17:14

Entrevista sobre o Projeto que altera a Lei de Licitações e Contratos com o professor e Desembargador Jessé Torres Pereira Junior

07/03/17 - Na nona entrevista exclusiva para a Comunidade de Prática de Compras Públicas da Escola Nacional de Administração Pública (Enap), o professor e Desembargador Jessé Torres Pereira Junior falou sobre o Projeto de Lei que altera a Lei de Licitações e Contratos. As perguntas foram elaboradas pela professora Marinês Restelatto Dotti

Jessé Torres Pereira Junior é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, especialista em direito público (UFRJ/1975), professor emérito e coordenador do curso de pós-graduação lato sensu em direito administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Integrou bancas examinadoras de direito administrativo em concursos para o ingresso em carreiras jurídicas - Procuradorias do Estado, do Município e do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro (1998-2011); Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (2001-2006); e Senado Federal (2012). Ministra cursos sobre licitações e contratações da administração pública, em eventos nacionais, regionais ou locais (desde 1989).

Marinês Restelatto Dotti é Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora de artigos jurídicos sobre licitações, contratos administrativos e convênios. Coautora das seguintes obras: (a) Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas; (b) Limitações constitucionais da atividade contratual da administração pública; (c) Convênios e outros instrumentos de Administração Consensual na gestão pública do século XXI. Restrições em ano eleitoral; (d) Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação; (e) Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP; (f) Microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas; (g) Comentários ao RDC integrado ao sistema brasileiro de licitações e contratações públicas.

1. Na sua opinião, qual aspecto do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, que, em cotejo com os demais diplomas atinentes a licitações e contratações administrativas, é merecedor de destaque?

Jessé: O PLS 559 estabelece que a fase preparatória da licitação "é caracterizada pelo planejamento", o qual abordará todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que possam interferir na contratação. Louvável tal posicionamento. O planejamento é instrumento essencial e indispensável para a correta e adequada alocação dos recursos públicos. Adquiriu *status* de princípio fundamental da administração pública com a edição do Decreto-lei nº 200/67, cujo art. 6º, I, dispõe que "As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes

O planejamento é a primeira das funções integrantes do ciclo virtuoso da gestão (PDCA), incumbindo-lhe, no caso da atividade contratual do estado, com ou sem licitação, analisar a relevância e a prioridade do objeto a ser contratado, examinar-lhe a viabilidade técnica e econômica, bem como projetar-lhe os resultados de interesse público a serem alcançados. Tal definição é importante para a avaliação das áreas ordinárias (as inerentes à natureza do objeto) e extraordinárias (as que possam surgir de eventos alheios ao controle das partes, tais como a força maior, o caso fortuito e o fato exclusivo de terceiro), a que se sujeita toda empreitada humana. Em face delas, preparar-se a administração para prevenir e gerenciar riscos, incluindo a forma como serão direcionados os recursos disponíveis e as condições que garantam os resultados planejados. Em outras palavras, é na fase do planejamento que se deitam as raízes da eficiência (relação custo-benefício) e da eficácia (consecução das finalidades), ou da ineficiência e da ineficácia, na execução do contrato derivado da licitação.

Não seria exagerado dizer que ações bem planejadas também indicam os controles aptos a precaver a administração contra desvios éticos e financeiros, que oneram e desperdiçam recursos públicos, talvez vindo a abrir definitivamente as portas para o rigoroso manejo, também no cotidiano da gestão pública, de técnicas e programas de integridade (*compliance*).

2. Que aspecto do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, não alcançou desejável avanço?

Jessé: Segundo o PLS 559, o pregão não se aplica às contratações de obras e serviços especiais de engenharia e às obras, serviços e fornecimentos de grande vulto. No caso de obras e serviços comuns de engenharia, o pregão somente poderá ser utilizado quando a contratação envolver valores inferiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).



A utilização do pregão, sobretudo no formato eletrônico, tem trazido resultados positivos, que aconselhariam a ampliação do uso da modalidade no PLS, com o fim de abarcar obras de engenharia, independentemente do valor, desde que objetivamente estabelecidos pela administração licitadora padrões, soluções e metodologias de execução, em harmonia com especificações reconhecidas pelo mercado. A complexidade de execução, por si só, não afasta a utilização do pregão, quando todos esses elementos possam ser identificados em projetos básico e executivo desenvolvidos pela administração sem atropelos.

Veja-se que o rito ordinário do regime diferenciado de contratações públicas – RDC, objeto da Lei nº 12.462/11, segue o paradigma do pregão (apresentação de propostas, fase de lances, julgamento, análise dos documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar, recurso, adjudicação e homologação), sendo viável, nesse regime, a licitação para a execução de obras de engenharia.

3. O Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, manteve a utilização da modalidade convite, que poderá ser utilizada nas contratações de valores inferiores a R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Em vista da otimização de tempo e recursos públicos produzida pelo pregão, soa adequada a manutenção dessa modalidade licitatória?

Jessé: Em face das vantagens procedimentais do pregão, presencial ou eletrônico, e dos superiores resultados que apresenta em comparação com as demais modalidades (propostas em média 20% mais vantajosas para a administração), o convite soa como algo arcaico em legislação licitatória do século XXI. A rigor, bastariam as modalidades pregão e concorrência, esta quando houvesse necessidade de análise de propostas técnicas, para oferecer à administração as alternativas necessários e suficientes para licitar qualquer compra, obra, serviço ou alienação, qualquer que seja o seu valor estimado.

Além de conjurarem-se as notórias tendências do convite para estimular o fracionamento de despesas, o desapeço à economia de escala, o direcionamento do resultado, já tantas vezes objeto de ações civis públicas por improbidade administrativa, deflagradas por iniciativa do Ministério Público. Exatamente porque tem sido mais fácil improvisar para atender a interesses personalizados do que planejar para atender ao interesse público.

4. Parece-lhe apropriada a padronização de minutas de editais e contratos prevista no Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013?

Jessé: A padronização de minutas de editais e contratos é diretriz a ser observada pela administração pública quando utilizado o regime diferenciado de contratações públicas (Lei nº 12.462/11) e, ainda, nas licitações e contratações realizadas pelas empresas estatais (Lei nº 13.303/16).

A padronização de documentos que se repetem rotineiramente é meio salutar de a administração pública desincumbir-se de tarefas que, numericamente significativas, na essência referem-se sempre aos mesmos atos administrativos. Sua adoção é desejável na medida em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados em ações que demandam conteúdo e forma individualizados. A repetição de procedimentos licitatórios que tenham o mesmo objeto e que guardem proporção em relação às quantidades enquadra-se nessa hipótese.

Com a padronização definem-se os parâmetros necessários, suficientes e aplicáveis a licitações ou contratações passíveis de realização mediante peças modelos, que, por isto mesmo, racionalizam o desempenho de funções administrativas e técnicas. E desde que esses modelos tenham tido suas minutas aprovadas pelo órgão de assessoramento jurídico da administração e a eles se ajustem, sem qualquer dúvida, as características da nova licitação.

6. Segundo o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala. É medida viável? Na prática, como é possível efetivar-se a contratação nesses moldes?

Jessé: O PLS 559 não inova nesse ponto. A possibilidade de contratação de mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço encontra previsão na Lei nº 12.462/11, instituidora do regime diferenciado de contratações públicas.

Na contratação simultânea, existirá mais de uma empresa apta a executar o objeto contratual sem que uma interfira na prestação realizada pela outra. As empresas contratadas prestam o serviço, objeto da contratação, de forma concorrente, mas independentemente, efetivado o contrato com a empresa ou instituição que oferecer a condição mais vantajosa para a administração. Exige justificativa da vantagem da prestação de um mesmo serviço por vários contratados, que deve resultar da conjugação de fatores técnicos, econômicos e gerenciais.

Ilustra-se com a contratação de serviços de telefonia e fornecimento de passagens aéreas. Na primeira, as várias empresas de telefonia contratadas pela administração poderão prestar o serviço, bastando que esta identifique, por meio de um sistema localizador, no momento da ligação, aquela que pratica o menor preço, efetivando-se, assim, a contratação. O mesmo poderá ocorrer com o fornecimento de passagens aéreas: diversas companhias aéreas podem ser contratadas pela administração para a prestação do serviço, efetivando-se a contratação com aquela que oferecer o menor preço para a data e o horário da viagem; viabiliza-se a contratação mediante o desenvolvimento de sistema informatizado que pesquise os preços praticados pelas companhias aéreas em tempo real, de acordo com os parâmetros solicitados, tais como cidades de origem e de destino, datas de partida e de retorno da viagem, alternativas de horários de voo.



7. O Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, mantém a preferência de contratação para as entidades de menor porte. É adequada a medida?

Jessé: O PLS 559 estabelece que os critérios de desempate de propostas “não prejudicam a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006”, ou seja, assegura, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, medida que cumpre política pública inscrita nos artigos 146, III, “d”, e 170, IX, da Constituição Federal de 1988, introduzidos pelas EC de nº 42/03 e 06/95, respectivamente. Tratando-se, como se trata, de política pública constitucional, não se põe em discussão se a norma infraconstitucional deveria ou não cumpri-la. É dever jurídico fazê-lo.

8. O Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, contempla alguma condição restritiva à competitividade?

Jessé: A resposta é afirmativa. O art. 57 do PLS 559 estabelece que as condições de habilitação serão definidas no edital da licitação, que pode limitar a participação no certame aos pré-qualificados.

A pré-qualificação constitui procedimento seletivo anterior à licitação, destinado a identificar os que atendam aos requisitos de habilitação exigidos para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra, nos prazos, locais e condições previamente fixados.

É vero que o registro cadastral de pré-qualificados torna mais ágil a fase de habilitação, contudo, a realização de licitação exclusiva para detentores de certificado de pré-qualificação é medida que restringe o acesso ao certame, impedindo que dele participem interessados que atendam aos mesmos requisitos de habilitação, ainda que sem registro cadastral de pré-qualificação. A limitação assemelha-se à exigência, em edital, de que somente licitantes inscritos em sistema de registro cadastral sejam admitidos à licitação, restrição que o TCU, com boas razões, já peremptoriamente rejeitou, após reiterados acórdãos a respeito, no verbete nº 274, de sua súmula: “*É vedada a exigência de prévia inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf para efeito de habilitação em licitação*”.

9. O Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, manteve alguma impropriedade prevista na Lei nº 8.666/93, objeto de apontamento pelo Tribunal de Contas da União?

Jessé: Dispõe o art. 62, § 3º, do PLS 559, que a documentação referente à habilitação poderá ser dispensada, total ou parcialmente, nas contratações de entrega imediata, na alienação de bens e direitos pela administração pública e nas contratações em valores inferiores a um quarto do limite para a dispensa de licitação para compras em geral e para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Tal dispositivo, com alguns acréscimos e alterações, repete o art. 32, §1º, da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece que a documentação de habilitação, de que tratam os artigos 28 a 31 do mesmo diploma, poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

A dispensa, no todo, dos documentos de habilitação é incompatível com o disposto no art. 195, §3º, da Constituição Federal de 1988, mercê do qual a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social fica proibida de contratar com o poder público, não podendo também dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Há, pois, no caso específico da prova da regularidade com o sistema da seguridade social, conflito entre o permissivo constante no art. 62, § 3º, do PLS 559 e a mencionada vedação constitucional, motivo pelo qual jamais poderá ser dispensada a apresentação de documentos que comprovem tal regularidade. Há precedentes do TCU que negam validade, em face da Constituição, à regra do art. 32, §1º, da Lei nº 8.666/93, acerca da dispensa, no todo, de requisitos de habilitação, precedentes esses, dentre outros, claramente extensíveis ao art. 62, §3º, do PLS:

10. Sobre a competência para a condução do procedimento licitatório, há novidades em relação aos demais diplomas legais (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e Lei nº 12.462/11)?

Jessé: O PLS 559 prevê a condução do procedimento licitatório por agente da licitação, solução similar à do pregoeiro e sua equipe de apoio (Lei nº 10.520/02), sem descartar a possibilidade da formação de comissão para a mesma tarefa em licitações complexas, nos moldes da Lei nº 8.666/93 e do Decreto nº 7.581/11, que regulamenta a Lei nº 12.462/11, diplomas estes que preveem a competência de comissão, especial ou permanente, para as funções de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações.

O PLS compõe, pois, competências para a condução do procedimento licitatório, definidas em razão da complexidade da licitação, a atrair justificativa técnica da autoridade competente para o efeito de estabelecerem-se atribuições e responsabilidades dos agentes condutores da competição.

Ainda segundo o PLS, o julgamento por critérios de técnica e de técnica e preço poderá ser realizado por atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para tal fim, composta por três membros e por servidores em cargo efetivo ou empregados públicos designados, ou, ainda, por profissionais contratados por seu conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital. Preocupou-se o PLS com a necessária qualificação dos agentes responsáveis pela condução da licitação quando estiver em jogo a análise da melhor proposta técnica para a administração e, ao fim, para o interesse público.

Novidade esta em que a administração poderá contratar, por prazo determinado, serviço de empresa ou profissional especializado para assessorar os responsáveis pela condução da licitação, medida que parece almejar não só a busca da melhor proposta para a administração, mas, também, a correta condução técnico-administrativa do procedimento licitatório, em conformidade com as normas de regência e com a jurisprudência atualizada dos tribunais de contas e judiciais.



◀ Frente Nacional de Prefeitos e SEBRAE realizam em abril o IV Encontro dos Municípios com o Desenvolvimento Sustentável (EMDS)

Entrevista sobre licitações e contratações da Administração Pública com o Professor Marçal Justen Filho ▶

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

Escola Nacional de Administração Pública - ENAP



 Brasil - Governo Federal