

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2009

Regulamenta o inciso III do § 1º do art. 173 da Constituição Federal, para estabelecer as normas aplicáveis às licitações e contratos administrativos das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, bem como de suas subsidiárias.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I **Disposições Gerais**

Art. 1º As licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, bem como de suas subsidiárias, submetem-se às normas gerais desta Lei, devendo-se observar os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da economicidade, da probidade administrativa, da motivação, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Parágrafo único. Ressalvadas as exceções autorizadas por esta Lei, todas as contratações deverão ser precedidas de processo licitatório, destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a empresa pública ou sociedade de economia mista, assegurada igualdade de condições aos participantes.

Art. 2º As empresas públicas e sociedades de economia mista editarão regulamentos próprios dispondo sobre licitações e contratos, em consonância com as prescrições desta Lei, os quais entrarão em vigor após aprovação pela autoridade do Poder Executivo a que tais entes estejam vinculados e publicação na imprensa oficial.

Art. 3º É vedado:

I – incluir nos instrumentos convocatórios cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo das licitações;

II – tratar de forma discriminatória qualquer licitante, não sendo tolerado favorecimento algum em razão de origem;

III – negar publicidade aos atos e documentos do processo licitatório, exceto o conteúdo das propostas, antes de sua abertura;

IV – admitir como licitante:

a) quem exerça função ou emprego na empresa pública, sociedade de economia mista ou sua subsidiária que celebrará o contrato, seu cônjuge ou parente até o terceiro grau, inclusive;

b) sociedade empresária da qual sejam administradores ou sócios detentores de mais de cinco por cento do capital social as pessoas indicadas na alínea *a* deste inciso.

Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista as definições constantes do art. 6º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 5º As infrações e crimes relacionados ao processo licitatório, à contratação direta e ao cumprimento dos contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao disposto nas normas constantes do Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 6º Os contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-ão pelos princípios e regras jurídicas aplicáveis às sociedades empresárias de capital privado.

CAPÍTULO II

Das fases da licitação

Art. 7º As licitações das empresas públicas e sociedades de economia mista observarão as seguintes fases:

- I – preparatória;
- II – convocatória;
- III – classificatória;
- IV – habilitatória;
- V – recursal;
- VI – homologatória.

Parágrafo único. A sequência dos procedimentos observará a ordem definida no *caput* deste artigo, ressalvadas as exceções previstas no Capítulo III desta Lei.

SEÇÃO I

Da fase preparatória

Art. 8º Na fase preparatória, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:

- I – definir objetivamente o escopo da futura contratação e justificar sua necessidade;
- II – designar a autoridade condutora do procedimento;
- III – aprovar estimativa dos valores da contratação com indicação dos critérios adotados e fontes de pesquisa;
- IV – promover consulta pública, de duração não inferior a dez dias, quando o valor estimado para a contratação exceder cinco por cento da receita operacional líquida auferida pela empresa pública ou sociedade de economia mista no ano anterior, observado o limite mínimo de cinco milhões de reais.

SEÇÃO II

Da fase convocatória

Art. 9º A fase convocatória consistirá no chamamento dos interessados para participar da licitação, o qual se dará pelo envio de convite, quando o certame se processar na modalidade de consulta, e, nas demais modalidades, pela publicação de aviso no Diário Oficial da União, se a promotora da licitação for empresa pública ou sociedade de economia mista federal, ou no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, quando a promotora for empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, distrital ou municipal.

§ 1º A publicação referida no *caput* deste artigo poderá ser substituída pela divulgação da íntegra do edital, durante todo o período em que ele produzir efeitos, nos sítios oficiais mantidos na Internet pela empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como pela pessoa jurídica de Direito Público ao qual for vinculada.

§ 2º É também obrigatória a publicação, concomitantemente àquela prevista no *caput* deste artigo, do aviso de licitação em jornal de grande circulação no Estado onde se dará o fornecimento dos bens ou serviços, sempre que o valor estimado da contratação for superior a quinhentos mil reais e exceder um décimo por cento da receita operacional líquida auferida pela empresa pública ou sociedade de economia mista no ano anterior.

§ 3º O aviso conterá a definição clara e sucinta do objeto da contratação, a data de recebimento dos documentos e propostas dos licitantes, bem como todas as informações relativas à forma de obtenção da íntegra do edital, mediante ressarcimento dos custos de reprodução.

Art. 10. Devem constar do edital, além de outros dados considerados relevantes:

- I – o objeto da contratação;
- II – os critérios de classificação e julgamento das propostas;
- III – os requisitos de habilitação dos licitantes;
- IV – detalhes de procedimento;
- V – sanções aplicáveis;

VI – minuta do instrumento de contrato;

VII – projeto básico, no caso de obras e serviços de engenharia.

Art. 11. O prazo mínimo entre a publicação do aviso ou a entrega dos convites e o recebimento da documentação dos licitantes será determinado segundo cada modalidade de licitação, devendo o regulamento de licitações da empresa pública ou sociedade de economia mista prever uma escala de prazos superiores ao mínimo de cada modalidade, calculados de acordo com o valor estimado da contratação e a complexidade do objeto.

Art. 12. O regulamento de licitações da empresa pública ou sociedade de economia mista disciplinará a forma de impugnação do instrumento convocatório, observado o seguinte:

I – qualquer pessoa tem legitimidade para apresentar impugnações;

II – o prazo para impugnar não poderá ser inferior à metade daquele estabelecido para apresentação das propostas pelos licitantes;

III – a decisão administrativa deverá ser proferida antes da homologação do certame.

Parágrafo único. O acolhimento de impugnação somente determinará o refazimento de todo o processo quando implicar modificação das condições de elaboração das propostas ou ampliação do universo de licitantes.

SEÇÃO III

Da fase classificatória

Art. 13. A fase classificatória consistirá na aferição do atendimento dos requisitos de classificação das propostas, bem como no julgamento daquelas que forem classificadas.

Art. 14. A decisão será sempre motivada e somente desclassificará a proposta que:

I – desatender às exigências do instrumento convocatório relativas ao objeto licitado;

II – consignar preço excessivo ou condições abusivas;

III – consignar preço ou condições inexequíveis.

Parágrafo único. Não ocorrerá desclassificação quando, possível o saneamento de falhas, o licitante efetuá-lo sem prejuízo do prosseguimento do certame e no prazo estabelecido no regulamento de licitações da empresa pública ou sociedade de economia mista, desde que a correção não acarrete mudança no preço, nas condições essenciais da proposta ou nos itens da proposta técnica objeto de julgamento.

Art. 15. Constituem critérios de julgamento das licitações nas empresas públicas e sociedades de economia mista:

I – menor preço, aplicável às licitações nas modalidades de pregão e concorrência;

II – maior oferta, aplicável às licitações na modalidade de leilão;

III – técnica conjugada com preço, aplicável às licitações nas modalidades de concorrência e consulta;

IV – melhor técnica, aplicável às licitações na modalidade de concurso.

Art. 16. Quando o critério de julgamento for o de menor preço, o objeto será adjudicado ao licitante classificado que oferecer o preço mais baixo e atender às especificações do edital e às condições de habilitação.

§ 1º Nas licitações de que trata o *caput* deste artigo, a análise das propostas técnicas limitar-se-á à verificação de aspectos qualitativos e quantitativos previstos no edital como requisitos de classificação, devendo propiciar a escolha de bens ou serviços aptos a satisfazer as necessidades da empresa pública ou sociedade de economia mista.

§ 2º O desempate entre propostas dar-se-á por sorteio.

Art. 17. O julgamento da melhor oferta poderá, desde que devidamente justificado no documento a que se refere o inciso III do art. 8º desta Lei, envolver, além do preço do bem, as condições de pagamento, com a previsão de critérios objetivos de ponderação das duas variáveis no edital.

Art. 18. O julgamento pelo critério de técnica combinada com preço será feito aplicando-se a média ponderada da proposta técnica e da proposta de preço, de acordo com os pesos estabelecidos no instrumento convocatório, sendo vedado ao edital atribuir à proposta técnica mais da metade do total de pontos obteníveis.

Parágrafo único. Se do julgamento previsto no *caput* deste artigo resultar empate, terá preferência na contratação o licitante que houver apresentado a melhor proposta técnica, e, persistindo o empate, a escolha se dará por sorteio.

Art. 19. Os critérios técnicos de julgamento devem ser objetivamente definidos no edital ou convite, com indicação:

I – dos elementos objeto de avaliação e pontuação;

II – da forma de atribuição de pontos aos diferentes elementos da proposta técnica;

III – do peso da pontuação de cada elemento da proposta técnica.

Art. 20. O prazo máximo de validade das propostas é de cento e vinte dias, podendo o instrumento convocatório fixar prazo inferior.

Art. 21. Na licitação de contratação de fornecimento de bem, o edital poderá exigir a entrega de amostra pelo licitante que, de acordo com o critério de julgamento estabelecido, houver apresentado a melhor proposta, para que seja submetida a testes e análises, em conformidade com normas técnicas, assegurando-se-lhe o direito de acompanhar os procedimentos de avaliação da amostra.

Parágrafo único. A reprovação da amostra acarretará a desclassificação da proposta e a convocação dos licitantes remanescentes, segundo a ordem de classificação inicial, para submeterem suas amostras à

avaliação, sendo declarado vencedor aquele com melhor proposta que tiver a sua amostra aprovada.

SEÇÃO IV

Da fase habilitatória

Art. 22. Na fase habilitatória, dar-se-á o exame dos elementos relacionados à pessoa do licitante que comprovem sua regularidade jurídica e fiscal, sua qualificação técnica e econômico-financeira, bem como a inexistência de circunstância impeditiva de o licitante contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista.

Parágrafo único. Somente serão admitidas exigências de qualificação indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações resultantes do contrato a ser celebrado.

Art. 23. A prova de atendimento dos requisitos de habilitação será feita pela via documental, na forma e no prazo estabelecidos pelo regulamento de licitações da empresa pública ou sociedade de economia mista, sendo vedada a exigência de apresentação de documentos impertinentes ou a fixação de condições restritivas do universo de licitantes que excedam as cautelas adotadas pelas sociedades empresárias em geral nas contratações por elas realizadas.

Art. 24. Não poderá participar de licitação nem celebrar com empresa pública ou sociedade de economia mista contrato decorrente dos procedimentos de dispensa e inexigibilidade:

I – pessoa condenada por crime contra a Administração, enquanto durarem os efeitos da pena;

II – pessoa declarada inidônea, nos termos do art. 87, IV e § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993;

III – pessoa jurídica que esteja em débito com o sistema de seguridade social, nos termos do art. 195, § 3º, da Constituição;

IV – pessoa física que controle, direta ou indiretamente, as pessoas jurídicas mencionadas nos incisos II e III deste artigo;

V – pessoa enquadrada na situação descrita pelo art. 3º, IV, desta Lei;

VI – pessoa jurídica que seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa mencionada nos incisos I a V deste artigo.

SEÇÃO V

Da fase recursal

Art. 25. A fase recursal terá início com a adjudicação, ato mediante o qual a autoridade condutora da licitação proclama o vencedor da licitação.

Art. 26. Caberá recurso dos atos decisórios da autoridade condutora que afetem direito ou interesse de licitante ou que sejam potencialmente lesivos a qualquer dos princípios do art. 1º desta Lei, devendo a matéria ser disciplinada pelo regulamento de licitações da empresa pública ou sociedade de economia mista, que preverá:

I – a oportunidade de todos os licitantes se manifestarem, em prazo comum, sobre os recursos apresentados;

II – o julgamento dos recursos por autoridade superior à condutora da licitação;

III – o dever de manifestação do julgador sobre todas as questões tratadas nas razões e contra-razões recursais, desde que pertinentes à decisão recorrida;

IV – para o caso de acolhimento de recurso, a correção da falha que lhe deu causa e a invalidação dos atos subsequentes a ela, desde que incabível seu aproveitamento.

SEÇÃO VI

Da fase homologatória

Art. 27. Após a decisão de eventuais recursos, a autoridade superior, verificada a legalidade dos atos praticados, deverá homologar a

licitação ou revogá-la, no todo ou em parte, por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente.

Art. 28. No caso de anulação ou revogação do certame, a autoridade superior deverá notificar todos os licitantes da decisão, indicando as razões de fato e de direito nas quais se funda sua decisão.

Art. 29. A anulação do certame induz à do contrato dele decorrente.

Art. 30. Homologada a licitação, o licitante vencedor será convocado a assinar o contrato.

§ 1º A recusa injustificada em assinar o contrato sujeitará o licitante ao pagamento de multa, em valor fixado no instrumento convocatório.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, a autoridade condutora do certame poderá convocar outro licitante, observada a ordem de classificação e atendidos os requisitos de habilitação, para assinar o contrato, nos termos da proposta vencedora ou de sua própria proposta, conforme estabelecer o instrumento convocatório.

CAPÍTULO III

Das modalidades de licitação

Art. 31. São modalidades de licitação aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista:

I – pregão;

II – concorrência;

III – leilão;

IV – consulta;

V – concurso.

Parágrafo único. São vedadas a criação de outras modalidades de licitação e a combinação das previstas neste artigo.

SEÇÃO I

Do Pregão

Art. 32. Pregão é a modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns em que a disputa entre interessados é feita por meio de propostas e lances sucessivos, em sessão pública ou por via eletrônica.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cuja qualidade e atributos essenciais são predeterminados, de modo objetivo e padronizado, pelo próprio mercado onde eles estejam disponíveis.

Art. 33. O pregão observará a seguinte sequência de procedimentos:

I – publicação do instrumento convocatório, com pelo menos cinco dias de antecedência da apresentação das propostas pelos licitantes;

II – entrega, por parte dos licitantes ou seus representantes, dos envelopes lacrados, contendo as propostas e os documentos comprobatórios do atendimento dos requisitos de habilitação, em sessão pública, conduzida pelo pregoeiro;

III – abertura dos envelopes contendo as propostas e desclassificação das que não atendam aos requisitos previstos no edital, bem como, entre as restantes, daquelas cujo preço exceda, em percentual a ser fixado no edital, nunca inferior a dez por cento, ao daquela classificada com o menor preço;

IV – apresentação de novos lances sucessivos, por parte dos licitantes classificados que desejarem fazê-lo;

V – exame dos documentos de habilitação dos licitantes, observada a ordem de classificação resultante dos lances, e adjudicação do objeto ao licitante mais bem classificado que preencha os requisitos de habilitação.

Parágrafo único. Se da aplicação do critério previsto no inciso III do *caput* deste artigo resultarem menos de três propostas classificadas, os licitantes autores das três de menor valor serão admitidos à fase de lances sucessivos.

Art. 34. O pregão também poderá ser realizado por meio eletrônico, com a utilização de sistema acessível pela Internet e dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantam condições de segurança em todas as etapas do certame, do qual somente poderão participar licitantes previamente cadastrados junto à empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação, observado o seguinte:

I – o licitante cadastrado receberá chave de identificação e senha de acesso ao sistema, pessoais e intransferíveis, tornando-se responsável por todas as transações realizadas com o uso desses dados;

II – além das formas de publicação do instrumento convocatório estabelecidas pelo art. 9º desta Lei, a íntegra do edital será encaminhada por correio eletrônico aos cadastrados do ramo de mercado dos bens ou serviços licitados, observando-se os mesmos prazos das outras formas de publicação;

III – será admitida a participação de licitantes que hajam solicitado cadastramento em até vinte e quatro horas antes da apresentação das propostas.

SEÇÃO II

Da Concorrência

Art. 35. Concorrência é a modalidade de licitação na qual a especificação do objeto a ser contratado ou a avaliação dos requisitos de habilitação seja complexa.

§ 1º Há complexidade na avaliação dos requisitos de habilitação quando a realização do objeto exigir do contratado conhecimentos técnicos e científicos específicos, sujeitos a constantes evoluções tecnológicas, de restrito domínio no mercado e que possam refletir-se na definição do objeto.

§ 2º Há complexidade na especificação do objeto quando o bem ou serviço não for ofertado de forma padronizada ou uniforme pelo mercado e

suas características essenciais estiverem sujeitas a diferenças significativas de qualidade, dependendo das soluções técnicas adotadas pelo fornecedor.

Art. 36. A concorrência observará a seguinte ordem de procedimentos:

I – publicação do instrumento convocatório, com pelo menos vinte dias de antecedência da apresentação das propostas pelos licitantes;

II – entrega, por parte dos licitantes ou seus representantes, dos envelopes lacrados, contendo as propostas e os documentos comprobatórios do atendimento dos requisitos de habilitação, em sessão pública, conduzida pela comissão de licitação;

III – abertura dos envelopes contendo as propostas técnicas, desclassificação das que não atendam aos requisitos previstos no edital e, no caso de licitação cujo critério de julgamento seja o de técnica conjugada com o preço, atribuição de pontuações às propostas classificadas;

IV – repetição do procedimento estabelecido no inciso III deste artigo relativamente às propostas de preço;

V – ordenação das propostas classificadas, segundo o critério de julgamento fixado pelo edital;

VI – exame dos documentos de habilitação dos licitantes, observada a ordem final de classificação resultante do julgamento, e adjudicação do objeto ao licitante mais bem classificado que preencha os requisitos de habilitação.

§ 1º Sempre que julgar conveniente, a Administração poderá, em decisão motivada, inverter a ordem das fases classificatória e habilitatória.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, os recursos contra a habilitação ou inabilitação de licitante, classificação ou desclassificação de proposta serão apresentados ao fim das fases habilitatória e classificatória, respectivamente, e apreciados após o julgamento das propostas.

§ 3º Os recursos contra inabilitação de licitante e desclassificação de proposta, apresentados na forma do § 2º deste artigo, terão efeito suspensivo.

SEÇÃO III

Do Leilão

Art. 37. Leilão é a modalidade de licitação utilizada para a alienação de bens móveis ou imóveis a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação prévia realizada pelo alienante.

Art. 38. O leilão observará a seguinte sequência de procedimentos:

I – publicação do instrumento convocatório, com pelo menos cinco dias de antecedência da sessão em que ocorrerão os lances;

II – apresentação, em sessão pública conduzida por leiloeiro, de lances verbais e sucessivos, por parte dos licitantes ou seus representantes;

III – adjudicação do objeto ao licitante que oferecer o maior lance.

Art. 39. O leilão poderá ser realizado por meio eletrônico, observadas as regras previstas no art. 34 desta Lei.

Art. 40. Poder-se-á exigir dos interessados, como requisito de habilitação para participar do certame, caução em valor não superior a cinco por cento do apurado na avaliação prévia do bem, que o licitante vencedor perderá, no caso de inobservância das condições de pagamento fixadas no edital.

Art. 41. O procedimento para a alienação de participação direta ou indireta do Poder Público em empresas públicas ou sociedades de economia mista observará a legislação especial sobre a matéria, sendo admitida a utilização das modalidades de procedimento de contratação previstas nesta Lei.

SEÇÃO IV

Da Consulta

Art. 42. Consulta é a modalidade de licitação para a contratação de serviços singulares, em que o julgamento das propostas é feito por Júri composto por membros com experiência e qualificação técnica no ramo da atividade respectiva, com ponderação entre o custo e o benefício de cada proposta, podendo considerar a capacitação dos participantes, conforme critérios fixados no instrumento convocatório.

Parágrafo único. Consideram-se serviços singulares aqueles dirigidos a satisfazer necessidade que não pode ser atendida por qualquer profissional especializado do ramo de atividade ao qual se referem e cuja comparação direta entre as prestações se torna inviável em virtude de características individualizadoras relevantes, tais como trabalhos predominantemente intelectuais, técnicos ou artísticos, elaboração de projetos, inclusive de informática, consultoria, auditoria e elaboração de pareceres técnicos.

Art. 43. A consulta observará a seguinte sequência de procedimentos:

I – convite a no mínimo três interessados do ramo do serviço a ser prestado, realizado com pelo menos vinte dias de antecedência da apresentação das propostas;

II – entrega, por parte dos convidados, dos envelopes lacrados, contendo as propostas e os documentos comprobatórios do atendimento dos requisitos de habilitação, em sessão pública, conduzida pelo Júri;

III – abertura dos envelopes contendo os documentos de habilitação dos licitantes e inabilitação daqueles que não atendam aos requisitos previstos no edital;

IV – abertura dos envelopes contendo as propostas e desclassificação daquelas que não atendam aos requisitos previstos no edital;

V – ordenação das propostas mediante a ponderação entre o seu custo e o seu benefício, adjudicando-se o objeto ao licitante mais bem classificado.

§ 1º A escolha dos convidados deverá ser justificada e recair sobre pessoas de notória capacidade no campo de sua especialidade, inclusive com indicação dos elementos demonstrativos de sua qualificação técnica e, quando relevante para o objeto, econômico-financeira.

§ 2º A margem de subjetividade no julgamento não afastará o dever de fundamentação da escolha, com a exposição das razões que levaram à tomada da decisão, inclusive relativamente à desconsideração do menor preço, quando for escolhida proposta diversa da que o apresentar.

§ 3º Para adjudicação do objeto ao autor da melhor proposta, a Administração deverá ter recebido, no mínimo, duas propostas válidas.

§ 4º Não atingido o número mínimo definido no § 3º deste artigo, outro procedimento de consulta deverá ser iniciado, salvo se a autoridade condutora justificar a impossibilidade de atingi-lo.

Art. 44. É vedada a subcontratação quando o contratado houver sido selecionado mediante consulta.

SEÇÃO V

Do Concurso

Art. 45. Concurso é a modalidade de licitação para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, a ser cedido à Administração, com transferência dos correspondentes direitos patrimoniais, mediante o pagamento, ao vencedor do certame, de remuneração ou prêmio, em valor fixado pelo edital.

Art. 46. O concurso observará a seguinte sequência de procedimentos:

I – publicação do instrumento convocatório, com pelo menos quarenta e cinco dias de antecedência da apresentação das propostas;

II – entrega, por parte dos licitantes, de envelopes lacrados, contendo as propostas e os documentos comprobatórios do atendimento dos requisitos de habilitação, em sessão pública;

III – abertura dos envelopes contendo as propostas, desclassificação daquelas que não observarem os requisitos previstos no edital e atribuição de notas às classificadas, por uma comissão de no mínimo três jurados com notórios conhecimentos na especialidade à qual se referirem os trabalhos;

IV – exame dos documentos de habilitação dos licitantes, observada a ordem de classificação, e adjudicação do objeto ao licitante mais bem classificado que preencha os requisitos de habilitação.

Parágrafo único. O julgamento das propostas será realizado de modo a garantir que os jurados não tomem conhecimento da identidade dos autores dos trabalhos até a divulgação das notas.

CAPÍTULO IV

Da inexigibilidade e da dispensa

Art. 47. A decisão que determinar a contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade, será tomada pelo diretor presidente da empresa pública ou sociedade de economia mista, ressalvada a competência do Conselho de Administração, e indicará as razões em que se fundamenta, devendo ser acompanhada de:

I – parecer jurídico que conclua pela legalidade do procedimento;

II – justificativa da escolha do fornecedor;

III – demonstração dos critérios adotados para definição do preço e de eventuais contraprestações, condições e compromissos exigidos do contratado;

IV – minuta do instrumento do contrato.

Parágrafo único. O profissional que emitir o parecer de que trata o inciso I do *caput* deste artigo fora das hipóteses permitidas na legislação será pessoal, não subsidiária e ilimitadamente responsável pelos danos decorrentes da contratação direta, sempre que caracterizado dolo, culpa grave ou erro grosseiro de sua parte.

Art. 48. A licitação será inexigível sempre que houver inviabilidade de competição.

Art. 49. Além dos casos previstos na legislação geral sobre licitações e contratos administrativos, a licitação será dispensável para as empresas públicas e sociedades de economia mista, observadas as condições de mercado, nas aquisições dos insumos necessários à produção dos bens que comercializam ou à prestação dos serviços que oferecem.

§ 1º Para o atingimento dos valores máximos legalmente fixados para a dispensa de licitação, a empresa pública ou sociedade de economia mista deverá considerar o preço total estimado das aquisições de bens ou serviços previstas para o exercício financeiro correspondente.

§ 2º O fracionamento de aquisições de bens e serviços em infringência ao disposto no § 1º deste artigo, quando doloso, caracteriza ato de improbidade administrativa, sujeitando o agente às sanções previstas em legislação específica.

CAPÍTULO V

Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 50. As empresas públicas e as sociedades de economia mistas constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de três meses, promover, em seus regulamentos de licitações e contratos, as necessárias adequações ao disposto nesta Lei.

Art. 51. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, a qualquer tempo, cópia de edital de licitação já divulgado, obrigando-se os interessados à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Art. 52. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 53. Fica revogado o art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

JUSTIFICAÇÃO

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa, promoveu uma importante alteração no regime de licitações e contratos das empresas estatais, ao dar nova redação aos arts. 22, inciso XXVII, e 173 da Constituição. Manteve a competência legislativa da União para estabelecer normas gerais de licitação e contratação, tanto para as pessoas jurídicas de Direito Público quanto para as empresas estatais, mas previu regime jurídico diferenciado para as empresas exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Nos termos da nova redação do § 1º do art. 173 da Carta, a lei estabelecerá o estatuto jurídico de tais empresas, dispondo, entre outras coisas, sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Passados mais de dez anos da mudança constitucional, ainda não foi regulamentado o referido dispositivo. Tal quadro tem gerado problemas de definição das normas aplicáveis às empresas estatais. De acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), enquanto não for aprovada a lei prevista no art. 173, § 1º, do texto constitucional, as licitações e contratos das empresas estatais continuarão regidos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos).

Uma das principais críticas dirigidas a esse diploma legal diz respeito ao excessivo detalhamento de regras e procedimentos, muitos dos quais não se coadunam com a dinâmica das relações competitivas de mercado, às

quais se submetem as estatais exploradoras de atividade econômica. Por outro lado, as exigências de maior agilidade não podem justificar a inobservância, por entidades pertencentes à Administração Pública, de princípios como os da legalidade, impessoalidade e moralidade. Por isso mesmo, quis o constituinte derivado que o legislador estabelecesse normas gerais para tais empresas, ainda que diversas das aplicáveis às pessoas jurídicas de Direito Público e às empresas estatais prestadoras de serviço público.

Exemplo de como a ausência de regulação legal pode ocasionar problemas de grande magnitude nós temos na Petrobras. A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, em seu art. 67, dispôs que os contratos celebrados por essa empresa seriam precedidos de procedimento licitatório simplificado, definido em decreto presidencial. Tal previsão é anterior à reforma de 1998 e foi considerada inconstitucional pelo TCU, seja porque excluiu a Petrobras da incidência das normas gerais da Lei nº 8.666, de 1993, em contrariedade ao texto constitucional então vigente, seja porque representou uma delegação ao Poder Executivo em matéria que exige disciplina por meio de lei. Em diversas ocasiões, a Corte de Contas tem impugnado, com esse argumento, processos licitatórios conduzidos pela Petrobras com base no Decreto nº 2.745, de 1998, editado, por seu turno, com base na Lei nº 9.478, de 1997. Ao insurgir-se contra as decisões do TCU, a empresa tem conseguido sucessivas liminares em mandados de segurança impetrados no Supremo Tribunal Federal (Mandados de Segurança nº 25.888, 27.837, 27.796, 25.986, 26.783, entre outros). Ainda não há, contudo, decisão de mérito da Corte Suprema sobre o tema.

A nosso ver, a regulamentação do art. 173, § 1º, da Constituição, juntamente com a revogação do art. 67 da Lei nº 9.478, de 1997, poria fim a essa discussão, bem como a outras tantas que já surgiram e surgirão sobre o regime aplicável às licitações das empresas exploradoras de atividade econômica. Em lugar de apresentar um projeto de estatuto da empresa estatal, regulamentando todo o § 1º do art. 173 da Lei Maior, houvemos por bem propor, nesse momento, a regulamentação apenas de seu inciso III, que trata das licitações e contratos dessas empresas. A reunião de todos os temas do referido parágrafo em um único projeto poderia tornar mais complexa e morosa sua tramitação. Nada impede que a regulamentação pontual seja feita. O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela viabilidade dessa alternativa, quando o dispositivo constitucional tratar de mais de uma matéria (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238, DJ de 12.09.2008), como é o presente caso.

O projeto procura se ater mais a princípios do que ao detalhamento de formalidades e prazos. Tal não significa a ausência de regulação dos procedimentos que caracterizam as modalidades de licitação, pois é neles que se vêem concretizados ou não os princípios. A proposição prevê cinco modalidades licitatórias aplicáveis às empresas estatais exploradoras de atividade econômica: o pregão, a concorrência, o leilão, a consulta e o concurso. Sem vedar a possibilidade de análise prévia dos requisitos de habilitação de todos os licitantes, o projeto inverte a lógica da Lei nº 8.666, de 1993, para adotar como regra o julgamento das propostas como etapa anterior ao exame das condições de habilitação, a exemplo do que se dá hoje, de forma exitosa, com o pregão. Assim, dispensa o administrador de ter de analisar os documentos de habilitação do conjunto de todos os licitantes, tornando mais célere e racional o processo. Em princípio, somente o autor da melhor proposta terá sua documentação examinada.

Para as hipóteses de serviços técnicos especializados, a proposição prevê a modalidade da consulta. Com isso, pretende evitar a contratação direta por inexigibilidade quando, a despeito da complexidade dos serviços a serem fornecidos, há possibilidade de disputa. Sabe-se que a invocação indevida do caráter singular de determinados serviços tem servido hoje como mecanismo de fuga ao processo licitatório. Isso não se coaduna com o princípio da impessoalidade.

O projeto procura também adaptar às novas tecnologias as normas de licitação aplicáveis às empresas estatais. Prevê a publicação do edital dos certames nos sítios eletrônicos da empresa e do ente público controlador. Ademais, regula de modo mais minucioso o pregão e o leilão realizados eletronicamente.

Quanto aos contratos, a proposição se limita a submetê-los aos princípios e regras jurídicas aplicáveis às sociedades empresárias de capital privado, em consonância com o disposto no art. 173, § 1º, II, da Carta Magna, segundo o qual as empresas estatais exploradoras de atividade econômica devem se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Com a convicção da necessidade premente de regulamentação do multicitado art. 173, § 1º, da Constituição, solicitamos o apoio de nossos pares para a aprovação do projeto de lei que ora apresentamos.

Sala das Sessões, 26 de maio de 2009.

Senadora **MARISA SERRANO**