



SENADO FEDERAL

EMENDAS

EMENDA Nº 9 – PLEN (ao PLS 559/2013)

Exclua-se o inciso III do artigo 14 do PLS 559, de 2013, e confira-se ao § 1º a seguinte redação:

“Art. 14.....

§ 1º Os impedimentos de que tratam o inciso II serão também aplicados ao licitante que esteja manifestamente atuando em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade das sanções a estas aplicadas.

”

JUSTIFICAÇÃO

O inciso III, que se pretende suprimir, impede a participação em licitações de *“pessoa física ou jurídica que, à época dos fatos que ensejarem a sanção de que trata o inciso II [suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública] detiver participação no controle da pessoa jurídica punida ou integrar seus órgãos diretivos”*.

Malgrado o intuito moralizante do dispositivo, a extensão do impedimento de participar de licitações às pessoas nele referidas extrapola o caráter punitivo estatal, tendo em vista o princípio constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV), a impedir a transferência de sanções a terceiros.

É sabido que, o ordenamento jurídico vigente permite a transferência dos efeitos de sanções para terceiros em hipóteses excepcionais, como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de fraude ou burla. Mas, essas hipóteses já estão referidas no § 1º do art. 14.

O inciso III, contudo, vai além, e pressupõe que o só fato da pessoa jurídica deter o controle de outra pessoa jurídica apenada, ou da pessoa física integrar órgão diretivo dessa mesma sancionada, já a impede de participar de licitações. Há, portanto, nítido desbalanceamento do intuito (correto) moralizante, ampliando efeitos de sanções sem o mínimo critério.

Nesse sentido, a referência à Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (que se convencionou denominar “Lei Anticorrupção”) é importante para destacar a importância de limites e condicionamentos à tentativa de extrapolar a pessoa do apenado. A aludida lei, ao se referir às pessoas físicas integrantes de órgãos diretivos de pessoa jurídica apenada e às pessoas jurídicas que possuem relação societária com a pessoa jurídica sancionada, estabelece limites claros ao alcance dos efeitos dessa sanção. Nesse sentido, o art. 3º, § 2º a determinar que “*Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.*”; e o art. 4º, § 2º, ao estabelecer que “*As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as*

consoiciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.”

De modo que, por mais que seja válido estabelecer mecanismos de controle da corrupção, é preciso não descuidar dos preceitos constitucionais que amoldam as garantias do administrado em relação ao poder punitivo estatal. De mais a mais, a manutenção das demais causas de impedimento à participação na licitação, conjuntamente com a adoção expressa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica às contratações públicas (até então, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial) pelo § 1º, fornece meio robusto ao combate à corrupção e às más práticas na contratação administrativa.

Sala das Sessões, em de fevereiro de 2014.



Senador **ROMERO JUCÁ**

EMENDA Nº 10 – PLEN
(ao PLS 559/2013)

Suprima-se o § 5º do artigo 43 do PLS nº 559, de 2013, com a seguinte redação:

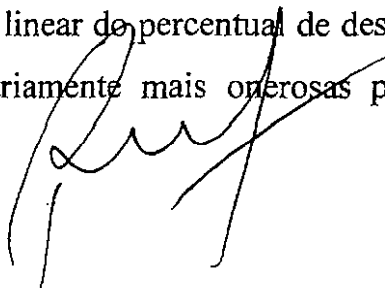
“Art. 43.....
.....”

§ 5º no caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes incidirá sobre o preço global fixado no instrumento convocatório e, no caso de empreitada por preço unitário, poderá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório.

JUSTIFICAÇÃO

A atual redação do § 5º do art. 43 do PLS 559/2013 apregoa a obrigação de o percentual de desconto, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado. Essa disposição ignora a possibilidade de os licitantes, dada a sua experiência e relações estabelecidas com fornecedores e terceiros, conseguirem percentuais de desconto específicos para determinados preços do orçamento estimado.

Dai porque, a previsão de incidência linear do percentual de desconto pode implicar em contratação desnecessariamente mais onerosas para a

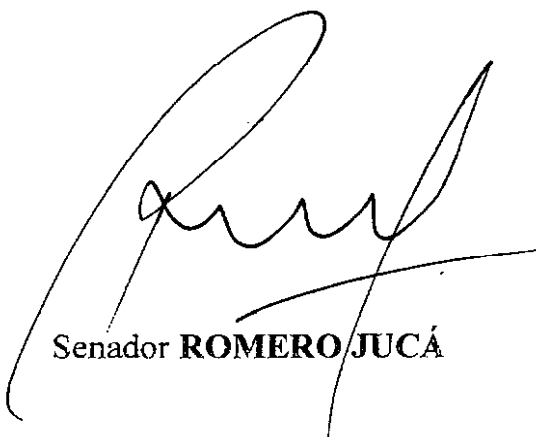


Administração, diminuindo a flexibilidade com a qual os licitantes podem orçar suas propostas, a partir dos descontos obtidos em cada item.

A situação é tanto mais incompatível com os regimes de empreitada integral ou empreitada por preço global (também o é no regime da contratação integrada, mas este se submete obrigatoriamente ao julgamento pela combinação da técnica com o menor preço), em que o valor global será relevante. Nesses casos, a obrigação de ofertar um desconto linear, desconsiderando ganhos específicos em determinado itens de precificação, poderá diminuir o percentual de desconto ofertado pelos licitantes, em prejuízo da Administração.

Sala das Sessões, em

de fevereiro de 2014.



Senador **ROMERO JUCÁ**

EMENDA Nº 11 – PLEN
(ao PLS 559/2013)

Dê-se ao artigo 52, do PLS 559, de 2013 a seguinte redação:

“Art.52. A habilitação econômico-financeira, que visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir a obrigação decorrente do futuro contrato se faz por meio da:

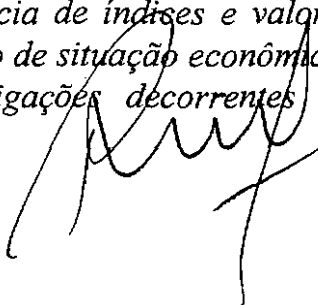
I) declaração assinada por profissional habilitado da área contábil, atestando que o licitante atende aos índices econômicos previstos no edital; e

II) comprovação de que a licitante detém patrimônio líquido igual ou superior a 5% (cinco por cento) do valor estimado para a contratação, podendo esse valor ser elevado para até 15% (quinze por cento) na hipótese de contratação de obra e serviços de engenharia de grande vulto.

§ 1º A comissão poderá promover diligência para a confirmação dos dados referidos nos incisos I e II do caput desse artigo, quando houver indícios de irregularidade;

§ 2º A exigência referida no inciso I do caput deste artigo deverá ser atendida por cada consorciado, individualmente, podendo a exigência constante do inciso II do caput deste artigo ser atendida na forma prevista pelo inciso IV do art. 15 desta Lei;

§ 3º A exigência de índices limita-se à demonstração da capacidade financeira do licitante, inclusive pela demonstração da sua liquidez, solvência e endividamento, com vistas aos compromissos que deve assumir, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade, e ainda a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação econômico-financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação;



§ 4º Fica admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados."

JUSTIFICAÇÃO

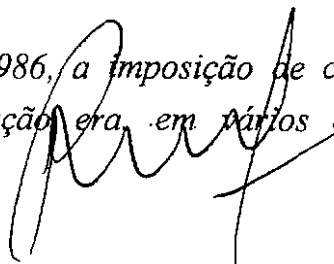
A emenda proposta:

- inclui a comprovação de patrimônio líquido mínimo como exigência de habilitação econômico-financeira;
- determina a obrigação de cada integrante do consórcio participante da licitação atender, individualmente, à exigência de índices contábeis; e
- deixa clara a possibilidade de exigência de índices de liquidez, solvência e endividamento.

No primeiro caso, visa resgatar da legislação vigente exigência que efetivamente acautela a Administração quanto à capacidade econômica do licitante assumir as obrigações carreadas pelo futuro contrato. Assim, prevê-se a exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo dos licitantes, atrelada a percentual do valor estimado para a contratação, majorado nas hipóteses de contratação de obra e serviços de engenharia de grande vulto.

Nesse ponto, é importante dizer que a crítica que se faz à legislação atual recai na exigência de capital social mínimo, por se entender, com base nas regras contábeis, que essa informação não é capaz de apurar a situação econômico-financeira do licitante. A esse respeito, Marçal Justen Filho:

"Anteriormente ao Dec.-lei nº 2.300/1986, a imposição de capital mínimo como requisito para habilitação era, em vários casos,



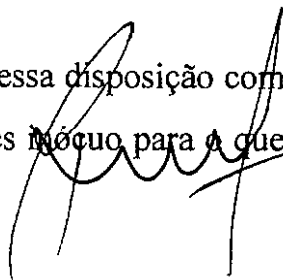
instrumento de restrição indevida à participação de interessados. Por isso, a lei anterior já restringia cláusulas dessa ordem. A Lei nº 8.666 perdeu a oportunidade de eliminar a exigência de capital social mínimo. Deveria ter permitido apenas a exigência de patrimônio líquido mínimo.

O 'capital social' é o montante de recursos, economicamente avaliáveis, transferidos pelos sócios para a sociedade visando à composição do seu patrimônio, seja no momento de sua constituição seja no curso da vida social. A partir desse fundo de recursos, a sociedade desenvolve sua atividade. Com o tempo, os valores econômicos de que a sociedade é titular podem coincidir com o valor monetário de seu capital social, mas isso é hipótese quase impossível. A definição contábil da situação patrimonial da sociedade faz-se através de balanços e outras demonstrações financeiras. Nesso plano é que se alude a 'patrimônio líquido'. Significa que o valor do capital social, por mais elevado que o seja, é insuficiente para revelar a boa situação econômica da sociedade.”¹

De modo que, conquanto digna de aplauso a retirada da exigência de capital social mínimo, é preciso que se mantenha na regulamentação da habilitação econômico-financeira a exigência relativa à comprovação de patrimônio líquido mínimo.

Por seu turno, o § 2º proposto tem por intuito ressaltar o atendimento à exigência relativa aos índices contábeis da aplicação do disposto no inciso IV do art. 15 do Projeto de Lei, que prevê a possibilidade de empresas consorciadas atenderem às exigências de habilitação econômico-financeira em conjunto, na proporção da sua participação.

A questão, aqui, é a incompatibilidade dessa disposição com as regras contábeis, que tornariam o somatório de índices ~~insuficiente~~ ^{insuficiente} para a que propõe a



exigência de habilitação. Com efeito, não haveria fórmula de cálculo de dados contábeis de cada consorciada bastante a apurar um índice que realmente refletisse a situação econômico-financeira do consórcio, o que poderia comprometer a análise de habilitação dos licitantes.

Nesse sentido, já se posicionou o Egrégio Tribunal de Contas da União:

“Note-se, ademais, que o inciso III do art. 33 da Lei 8.666/93 admite a soma de valores, mas não prevê a soma de índices, mesmo porque, conforme assinalado pela unidade técnica, isso geraria um número sem significado para efeito de avaliação econômico-financeira.”²

Por fim, propõe-se que o § 3º, ao disciplinar os índices que podem ser exigidos para fins de habilitação econômico-financeira, deixe clara a possibilidade de demandar índices atrelados à liquidez, à solvência e ao endividamento, o que, de resto, é prática usual nas licitações. Tais índices têm o condão de aferir a capacidade econômico-financeira do licitante, sem implicar restrição indevida.

Sala das Sessões, em de fevereiro de 2014.



Senador **ROMERO JUCA**

EMENDA Nº 12 – PLEN
(ao PLS 559/2013)

Altere-se a redação do § 3º, exclua-se o §4º e renumerem-se os §§ seguintes do artigo 75 do PLS 559, de 2013, conforme abaixo:

“Art. 75

.....

§ 3º Com exceção dos regimes previstos nos incisos II, IV e V do caput deste artigo, a referência do custo global de obras e serviços de engenharia poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

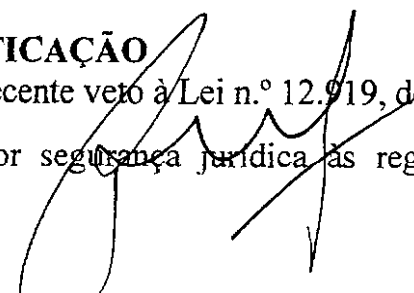
§ 4º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto completo aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

§ 5º No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos do Orçamento da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3º deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

§ 6º É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia”.

JUSTIFICAÇÃO

alteração proposta, ao ensejo de recente veto à Lei n.º 12.919, de 24 de dezembro de 2013, visa conferir maior segurança jurídica às regras de



orçamentação, evitando adotar como parâmetro exclusivo a adoção de sistemas de preços, que, ademais, podem ser refletidos em tabelas oficiais adotadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Conforme explanado no veto citado, a adoção obrigatória do SICRO e do SINAPI contraria especificidades da legislação atual que se mantém, no PLS 559 em relação à contratação integrada, a adotar parâmetro distinto de precificação (conforme o art. 76, § 2º, inciso II).

Sala das Sessões, em

de fevereiro de 2014.



Senador **ROMERO JUCÁ**

EMENDA Nº 13 – PLEN
(ao PLS 559/2013)

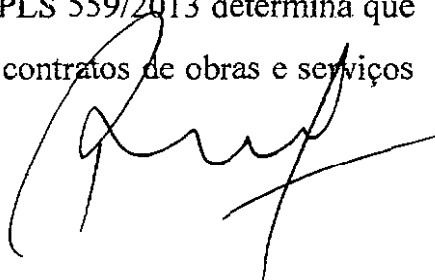
Altere-se a redação do inciso I do § 4º do artigo 76 do PLS 559, de 2013, que passará a contar com a seguinte redação:

“Art. 76.....
.....

I – para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior, ou da ocorrência de risco cuja alocação prevista na matriz de riscos referida pelo art. 95, § 1º, desta Lei assim autorize;”

JUSTIFICAÇÃO

Em linha com a jurisprudência recente do Tribunal de Contas da União¹ e com a experiência de sucesso vivenciada nos contratos de concessão de serviços públicos, especialmente nas modalidades administrativa e patrocinada, o art. 95, § 1º do PLS 559/2013 determina que a matriz de riscos seja cláusula obrigatória dos contratos de obras e serviços de engenharia.

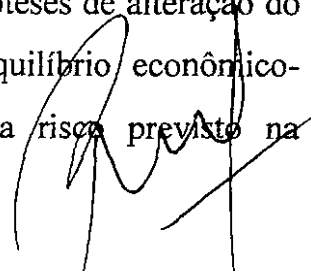


Atende-se, assim, a concepção moderna e reinante pela qual a alocação eficiente de riscos é pressuposto basilar par ao sucesso na execução desses contratos. Com efeito, hoje já se tem mais claro que a imposição da responsabilidade por riscos contratuais deve ter como objetivo maior a eficiência, evitando-se atribuir a uma só parte a responsabilidade integral ou demasiada em lidar com os riscos do contrato.

E, tendo em conta o acerto deste avanço, refletido no art. 95, § 1º, é necessário torná-lo efetivo por meio da adaptação de outros dispositivos do PLS 559/2013, como é o caso do inciso I do § 4º do art. 76, objeto desta emenda. Em sua atual redação, o § 4º disciplina, *numerus clausus*, as hipóteses em que caberá alteração do preço contratual na modalidade de contratação integrada. Em seus dois incisos estão, portanto, previstas as únicas hipóteses em que se admite essa alteração.

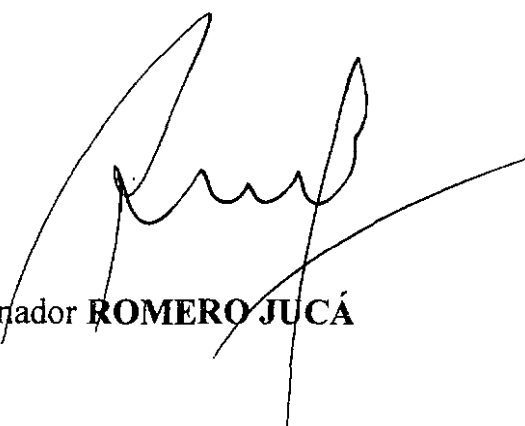
No entanto, sendo certo que também a contratação integrada deverá observar a matriz de riscos, é desarrazoado retirar da possibilidade de alteração do preço contratual a ocorrência de riscos cuja alocação prevista nesta matriz determina, justamente, a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal fato pode ocorrer, por exemplo, quando um determinado risco é alocado à Administração, ou mesmo ao contratado, até um dado limite. Na ocorrência deste risco, a alocação passará, por certo, pela recomposição de eventuais perdas ou prejuízos sofridos pelo contratados, os quais deverão ser mitigados pela revisão do preço contratual.

Portanto, a redação aqui proposta inclui nas hipóteses de alteração do preço contratual a situação de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato diante do sinistro relativo a risco previsto na



competente matriz, cuja alocação determine a promoção da recomposição como mecanismo de mitigação dos efeitos danosos da ocorrência do risco.

Sala das Sessões, em de fevereiro de 2014.



Senador **ROMERO JUCÁ**

EMENDA Nº 14 – PLEN
(ao PLS 559/2013)

Inclua-se os incisos III a VI no § 1º do artigo 93 do PLS nº 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 93.....

§ 1º

III - prazo improrrogável para pagamento da desmobilização, quando houver;

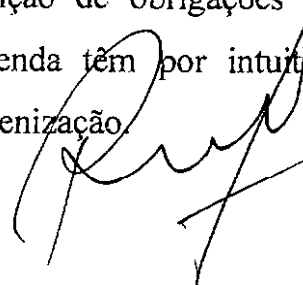
IV - valor líquido que consideram devido pela desmobilização e, se for o caso também pela futura mobilização, ou indicação precisa da metodologia que deve ser utilizada para esse fim;

V - as condições de segurança a serem providenciadas pela autoridade para a manutenção das instalações, equipamentos e materiais;

VI - em se tratando de objetos essenciais ou de contratação por emergência, indicar a garantia do atendimento do interesse público.”

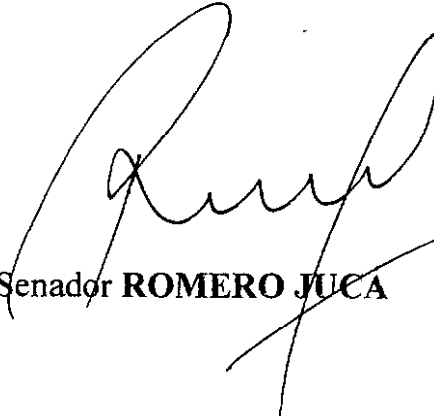
JUSTIFICAÇÃO

Considerando que o art. 92, § 1º, inciso I, do Projeto de Lei determina a obrigação de a Administração indenizar o particular nas hipóteses de anulação da licitação, quando esse provar a assunção de obrigações e mobilização, os incisos propostos na presente emenda têm por intuito disciplinar a forma de apuração e pagamento dessa indenização.



A ideia, aqui, é que a ordem de suspensão cautelar já determine os critérios e prazos para o pagamento de indenização. Mais que isso, também já discipline temas relativos à manutenção do status quo, como forma de tanto possibilitar uma retomada mais célere e eficiente, em caso de reinício do certame ou da execução contratual, quanto a segurança de instalações e a continuidade da prestação dos serviços ou da execução do objeto, quando esse for considerado essencial.

Sala das Sessões, em de fevereiro de 2014.



Senador **ROMERO JUCA**

EMENDA Nº 15 – PLEN
(ao PLS 559/2013)

Inclua-se os §§ 4º e 5º ao artigo 95 do PLS nº 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 95.....

.....

§ 4º Os contratos para execução de obras ou serviços de engenharia de grande vulto, bem como aqueles que envolvam fornecimentos complexos ou serviços de longa duração poderão prever adicionalmente:

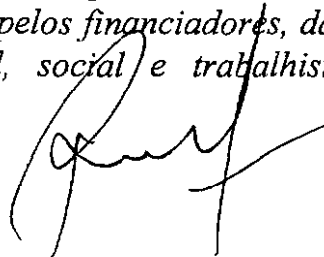
I - a autorização de cessão do contrato para os financiadores do contratado quando verificado o comprometimento da execução contratual, para que estes possam promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade do contrato, sendo permitida a subcontratação de terceiros, que atendam às exigências de habilitação técnica exigidas no edital;

II - a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do contratado em relação às obrigações pecuniárias da Administração;

III - a legitimidade dos financiadores do contratado para receber indenizações por extinção antecipada do contrato;

IV - a possibilidade de o contratado ofertar em garantia dos seus contratos de financiamento os valores depositados na conta vinculada referida pelo art. 123 desta Lei e a legitimidade dos financiadores do contratado receberem pagamentos com recursos desta conta vinculada.

§ 5º Na hipótese prevista no inciso I do § 4º deste artigo, a Administração deverá exigir, como condição prévia à cessão contratual, a comprovação de atendimento, pelos financiadores, das exigências de habilitação jurídica, fiscal, social e trabalhista previstas no edital.”

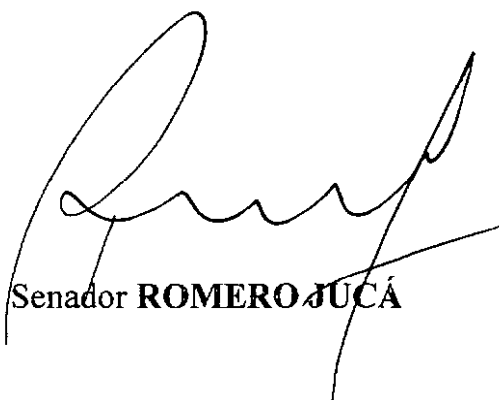


JUSTIFICAÇÃO

A emenda propõe incorporar ao regime geral de contratação administrativa prática exitosa dos contratos de concessão de serviços públicos, que outorgam direitos aos financiadores das concessionárias. Assim, estabelece como cláusulas adicionais dos contratos para a execução de objetos complexos, mais suscetíveis à necessidade de financiamento, os mesmos direitos – com as devidas adaptações – já conferidos pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (art. 27, § 2º) e pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (art. 5º, § 2º).

Intenta-se, com isto, trazer para o regime geral os benefícios advindos da diminuição da percepção de risco por potenciais financiadores, o que contribui sensivelmente para a diminuição do custo de capital do contratado e, por conseguinte, para o custo global dos contratos celebrados pela Administração.

Sala das Sessões, em de fevereiro de 2014.



Senador **ROMERO JUCÁ**

EMENDA Nº 16 – PLEN
(ao PLS 559/2013)

Dê-se ao art. 24 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, a seguinte redação:

“Art. 24.


.....

§ 2º As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios, ajustes e instrumentos congêneres devem ser submetidas ao prévio exame do órgão competente para consultoria e assessoramento jurídicos.

§ 3º Os agentes dos órgãos referidos no § 2º não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude, de apuração exclusiva pelo órgão correicional da respectiva instituição jurídica.”

JUSTIFICATIVA

Segundo a atual redação do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.



A referida disposição normativa tem gerado sensíveis dificuldades, no âmbito da Administração Pública, tanto para os advogados como para as áreas com atuação técnico-administrativa, tendo em vista que se incumbe à assessoria jurídica a **aprovação** das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes. Ao utilizar a expressão “aprovadas”, o aludido preceito legal acaba por tratar, de maneira uniforme, as funções desempenhadas pelo advogado e pelo administrador na esfera pública, na medida em que a ambos é incumbida a responsabilidade pelos atos administrativos praticados.

A este respeito, deve-se inicialmente salientar que, enquanto o papel do advogado é de caráter **consultivo**, a função do administrador é de natureza eminentemente executiva, cabendo-lhe a formulação da política pública a ser posteriormente executada. Deste modo, ao dispor que minutas (ou seja, atos administrativos) serão “aprovadas” por advogados, o legislador ordinário acaba contrariar o tratamento que a Constituição de 1988 confere ao exercício da consultoria e do assessoramento jurídicos (vide os artigos 131 e 132 da Carta Magna).

Cumprе observar que o advogado integrante de assessoria jurídica possui atribuição diversa daquela desempenhada pelos órgãos técnico-administrativos, consoante a clássica doutrina italiana¹, que tanto influxo exerceu sobre a Constituição Federal de 1988.² Destarte, em consonância com o art. 133 do texto constitucional e com o art. 7º, inciso I e § 2º, da Lei nº 8.906/1994, o advogado (público ou privado) é inviolável no seu exercício profissional.

¹ BELLI, Giuseppe. *Avvocatura dello Stato*. In: CALASSO, Francesco (Org.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: A.Giuffrè, 1959. v. 4. p. 670-671. MENESTRINA, Francesco. *L'avvocatura dello Stato in Italia e all'estero*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, n. 3, p. 201-233, 1931, p. 229.

² FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 163. MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008, passim. QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. *Funções essenciais à justiça: da Advocacia do Estado*. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 1998. p. 229. SEXTA, Mário Bernardo. *Advocacia-Geral da União: finalmente, a racionalização*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_16?artigos/art_racionaliza%C3%A7%C2%A6o.htm>. Acesso em: 01 jul. 2005.

Ressalte-se também que o Tribunal de Contas da União, em reiterados julgados, reconhece a ausência de vinculação da área técnico-administrativa ao parecer jurídico exarado.³

Deste modo, é evidente o caráter opinativo do parecer jurídico, não havendo por que responsabilizar o advogado por manifestação que em nada vincula o administrador público. Isto, porém, não significa que o parecer é dispensável nas licitações e ajustes administrativos, haja vista que o exame jurídico constitui verdadeiro requisito de validade desses instrumentos, conforme abalizada doutrina⁴.

Por oportuno, insta observar que o art. 11, inciso VI, alínea "a", da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), ao tratar das Consultorias Jurídicas, incumbe-lhes "examinar" os textos de edital de licitação, assim como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados. Por conhecer as nuances do exercício da Advocacia Pública, o legislador complementar entendeu que a manifestação jurídica, *in casu*, não se tratava de uma aprovação, mas sim de um exame dos atos praticados pela Administração. Garante-se, assim, a necessária independência entre as esferas jurídica e administrativa, permitindo que cada uma bem exerça a parcela de atribuições que a Constituição e as leis lhes conferem.

Por todas essas razões, entende-se que, em matéria de licitações, contratos administrativos e instrumentos congêneres, os Advogados Públicos não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude.

Ocorre que, recentemente, a Comissão de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado Federal apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, prevendo que:

³ Alínea "e", item 1.5, TC-022.942/2007-3, Acórdão nº 4.127/2008-1ª Câmara, DOU de 18.11.2008, S. 1, p. 73 e item 1.5.15, TC-012.201/2006-0, Acórdão nº 128/2009-2ª Câmara.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 372.

"Art. 24....."

§ 2º O órgão de assessoramento jurídico da Administração é responsável pelo exame estritamente jurídico das minutas dos editais e dos contratos.

§ 3º O parecer jurídico que desaprovar edital, no todo ou em parte, poderá ser rejeitado pela autoridade superior em despacho motivado, que poderá se basear em pareceres externos ao órgão da Administração, oportunidade em que esta passa a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, sejam-lhe imputadas."

Da forma como estão redigidos, os §§ 2 e 3º do art. 24 não se coadunam com os princípios que regem a Administração Pública, além de contrariarem a exclusividade dos Advogados Públicos concursados no exercício de suas atribuições constitucionais e legais. Com efeito, o § 2º não é claro quanto à obrigatoriedade de atuação do órgão de assessoramento jurídico, limitando-se a prever que ele "é responsável pelo exame estritamente jurídico das minutas dos editais e dos contratos". Ademais, o § 3º autoriza que haja "pareceres externos ao órgão da Administração", no exercício da atividade de assessoramento jurídico.

Por óbvio, as referidas disposições não se harmonizam com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual entende que os Advogados Públicos **concursados** devem exercer, com exclusividade, suas competências. Para a Suprema Corte, o acesso aos cargos que integram a Advocacia Pública depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, nos termos do que prescreve a Constituição de 1988. Com efeito, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881/ES, o Ministro Relator, Celso de Mello, explicitou que:

"[...] numa análise preliminar, parece não haver lugar para nomeações em comissão de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, para o exercício de

funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica." 1 (grifou-se)

Considerando que nem os servidores ocupantes de cargos em comissão podem exercer as atribuições da Advocacia Pública, menos ainda poderiam tais competências ser desempenhadas por profissionais "externos ao órgão da Administração" - como pretende o art. 24, § 3º, do PLS nº 559, de 2013.

Desta forma, objetivando garantir as atribuições constitucionais e legais dos membros da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, apresenta-se esta emenda modificativa ao PLS 559, de 2013, a fim de harmonizar tal projeto aos parâmetros normativos aplicáveis.

Plenário,



Senador **RICARDO FERRAZ**

EMENDA Nº 17 – PLEN
(ao PLS 559/2013)

O § 1º do art. 128 do Projeto é acrescido de inciso III, com a seguinte redação:

“Art. 128.

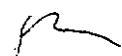
§ 1º ”

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

JUSTIFICAÇÃO

Ao dispor sobre a divulgação dos instrumentos licitatórios, o Projeto cinge-se à mídia eletrônica em sítios dos próprios órgãos ou entidades estatais e à publicação resumida em veículos oficiais dos respectivos entes federativos, contrariando frontalmente o norte a que visa a regra objetivada no art. 127 do mesmo Projeto, a qual preconiza a “ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação”.

Afasta-se, por essa forma, a exigência em vigor quanto à publicação “em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem”, como determina o art. 21 da Lei nº 8.666/93, “podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição”.



Diferentes e fortes argumentos reafirmam a necessidade e valia de contar com ambas as mídias, impressa e eletrônica, como formas aditivas mutuamente complementares, não concorrentes nem excludentes, que devem ocorrer ao mesmo tempo. Mas, as publicações não podem ficar restritas aos órgãos da imprensa oficial, reconhecidamente de alcance limitado no que tange à circulação e interação com a sociedade e aos atores de mercado.


A ampliação de acesso à informação favorece o controle social mais efetivo da gestão pública, contribui para uma gestão mais democrática das atividades governamentais, fomentando a cultura de transparência através da edição impressa e virtual da informação sobre iniciativas da Administração Pública junto ao mercado.

É cediço que um dos problemas da falta de informações, até como fator de indução, está ligado à corrupção, havendo nítida relação inversa entre corrupção e disseminação de informações, ou seja, é a sociedade que arca com o custo da desinformação através dos mais variados mecanismos, sendo a corrupção apenas um deles.

O objetivo de transparência e grande divulgação dos atos convocatórios relativos às licitações, somente se alcança com a divulgação pela internet associada à divulgação por intermédio das publicações em órgãos de imprensa diária com grande circulação estadual ou local. Portanto, há que se buscar a ampliação dos mecanismos de disseminação de informações, e não a restrição destes, mormente no caso dos jornais em pequenas municipalidades, que se tornam, em razão de processo licitatório, órgãos oficiais de publicação dos atos da gestão local.

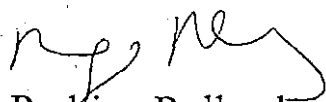
Além de a rede mundial somente poder ser vista como recurso subsidiário ou complementar para a difusão das informações de interesse da sociedade, a convocação de interessados apenas em sítios oficiais dos próprios órgãos governamentais licitantes é medida inconveniente, que contribui para reduzir e até minimizar a divulgação e a competição entre proponentes.

Oportuno levar em conta, nesse particular, que o custo de informar a sociedade se afigura pouco expressivo, quando confrontado com a generalidade das despesas correntes da Administração Pública.



A força das razões precedentes, estamos convencidos da necessidade de preservar a publicação dos editais também na imprensa diária, em jornal de grande circulação no Estado e, caso haja, em jornal de circulação no Município onde será realizado o objeto da licitação, consoante os termos do que ora propõe a presente Emenda.

Sala das Sessões,


Senador Rodrigo Rollemberg

EMENDA Nº 18 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se a seguinte redação ao inciso III do artigo 2º do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013:

“Art.2º.
.....
III - locações, concessões e permissões de bens e serviços não previstos pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pela Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004;
.....”

JUSTIFICATIVA

Considerando que as parcerias público-privadas, sendo contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa possuem normatização própria instituída pela Lei 11.079, de 2004, faz-se oportuno ajustar a redação do dispositivo em questão para afastar a aplicação da lei proposta às PPPs.

Sala das Sessões,


Senador **ARMANDO MONTEIRO**

EMENDA Nº 19 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se a seguinte redação ao § 1º do artigo 50 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013:

“Art. 50.

§ 1º A exigência de atestado de realização anterior ou de documento comprobatório a que se refere o § 3º do art. 32 desta Lei será limitada às parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, apuradas em quantitativos limitados a até 70% daqueles previstos no objeto licitado, que somente serão admitidos em percentual superior mediante justificativa devidamente fundamentada nos autos do processo licitatório, vedada, em qualquer hipótese, a exigência de quantitativo superior a 100% do quantitativo previsto para o objeto licitado.

.....”

JUSTIFICATIVA

Os §§ 1º e 2º do art. 50 do Projeto de Lei acabam tratando do mesmo tema, referente aos quantitativos exigidos nos atestados de experiência prévia. De modo geral, os dispositivos vêm em boa hora, para tipificar em lei discussão tradicional na aplicação a Lei nº 8.666/93.

Contudo, ao regulamentarem o mesmo tema, os dispositivos se apresentam contraditórios, pois o § 1º estabelece o limite de 50%, que poderia ser ultrapassado, sem limitação, mediante justificativa técnica. Por sua vez, o § 2º prevê o limite de até 70%, sem nenhuma exceção.

A emenda proposta visa, portanto, conciliar esses dois dispositivos, de modo que seja possível prever quantitativos de até 70% do quantitativo estimado para o objeto licitado. A exigência de experiência prévia acima desse percentual ficará condicionada a justificativa técnica do ente público contratante, nos autos do procedimento licitatório. Por fim, em nenhuma hipótese será admitida exigência que supere o quantitativo previsto para o objeto licitado.

Entende-se que a proposição confere a segurança necessária à Administração Pública em relação à capacidade de execução do objeto licitado, sem que, com isso, atente-se à competição do certame.

Sala das Sessões,


Senador **ARMANDO MONTEIRO**

EMENDA Nº 20 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Suprima-se o §2º do artigo 50 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013.

JUSTIFICATIVA

Os §§ 1º e 2º do art. 50 do Projeto de Lei acabam tratando do mesmo tema, referente aos quantitativos exigidos nos atestados de experiência prévia. Contudo, ao regulamentarem o mesmo tema, os dispositivos se apresentam contraditórios, pois o § 1º estabelece o limite de 50%, que poderia ser ultrapassado, sem limitação, mediante justificativa técnica. Por sua vez, o § 2º prevê o limite de até 70%, sem nenhuma exceção.

Para melhor adequação técnica dos parágrafos do art. 50 do PLS 559/2013, faz-se necessária a supressão do referido § 2º, o qual poderá ter seu conteúdo adequadamente disposto a partir de nova redação do § 1º, promovida por meio de outra emenda modificativa, também de minha autoria.

Sala das Sessões,


Senador **ARMANDO MONTEIRO**

EMENDA Nº 21 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se a seguinte redação ao inciso I do § 3º do artigo 50 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013:

“Art. 50.
.....
§ 3º
I - itens de obras ou serviços cujos valores previstos no objeto da licitação, isolados ou somados, não ultrapassem 4% do valor estimado do contrato a ser firmado, salvo em relação a itens de comprovada complexidade técnica na sua execução, demonstrada em justificativa constante do processo licitatório;
.....”

JUSTIFICATIVA

A emenda proposta tem por intuito permitir que itens do objeto que, mesmo de valor não significativo, impliquem em maior complexidade na sua execução, possam ser exigidos nos atestados de experiência prévia.

É importante destacar que para assegurar o intuito da comprovação da capacidade técnica dos licitantes as exigências de atestação devem alcançar também aqueles itens de execução não ordinária, ainda que, no cômputo do valor total do contrato, tais itens não representem um percentual significativo. Não é apenas o valor do item que deve ser levado em consideração pela Administração, mas sim a complexidade da sua execução, bastante a diferenciar os interessados no certame a partir da sua capacidade de executar tal item.

Sala das Sessões,


Senador **ARMANDO MONTEIRO**

EMENDA Nº 22 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se a seguinte redação ao artigo 76 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013:

“Art. 76.
.....
§ 2º
I - o instrumento convocatório deverá obrigatoriamente conter:
a) anteprojeto de engenharia, com os elementos referidos no inciso V do art. 5º desta Lei, incluindo a matriz de riscos e o cronograma físico de execução do contrato; e
b) critérios de aceitabilidade por etapa, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado na forma prevista no II deste artigo, e compatíveis com o cronograma físico do objeto licitado;
c) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
d) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega;
e) a estética do projeto arquitetônico; e
f) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;
.....
IV - o licitante que ofertou a melhor proposta deverá apresentar o valor do lance vencedor distribuído pelas etapas do cronograma físico, definido no ato de convocação e compatível com o critério de aceitabilidade por etapas previsto na alínea “b” do inciso I deste artigo.
.....
§ 4º
I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito, força maior ou pela ocorrência de risco previsto na matriz de riscos constante do anteprojeto, cuja responsabilidade correspondente não seja do particular; e
II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações em virtude de ocorrência de risco previsto na matriz de riscos, ou para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites de acréscimos contratuais previstos nesta Lei.
§ 5º A matriz de risco constante do anteprojeto deverá estabelecer a repartição objetiva das responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação.”

JUSTIFICATIVA

As alterações sugeridas pela emenda se aproveitam das boas práticas relacionadas à contratação integrada, mormente em relação à novel regulamentação do

Decreto n.º 7.581, de 11 de outubro de 2011 (com alterações promovidas pelo Decreto n.º 8.080, de 20 de agosto de 2013). Assim, considerando as características da contratação integrada, é fundamental prever mecanismo de controle e de liberação de pagamentos específicos, razão pela qual se propõe, em repetição ao Decreto n.º 7.581/11, que o edital preveja a obrigação de o licitante vencedor apresentar a divisão do seu preço global em cada uma das etapas de execução previstas em cronograma físico constante do anteprojeto de engenharia. Essa informação será verificada pela Comissão de acordo com os critérios de aceitação por etapa, também previstos obrigatoriamente no instrumento convocatório.

Até aqui, as alterações promovidas no dispositivo visam tão-somente adequá-lo às últimas modificações na regulamentação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que prevê a contratação integrada.

Já em relação à matriz de riscos como elemento obrigatório do anteprojeto, a sugestão vem ao cabo da jurisprudência recente do Tribunal de Contas da União, que passou a recomendar a adoção obrigatória da matriz de riscos nos editais referentes ao regime de contratação integrada. Nesse sentido, o posicionamento do Ilustre Ministro Valmir Campelo, no voto de relatoria do Acórdão 1.510/2013 – Plenário:

“54. Guardo, neste tópico, referência a assunto de suma importância, mas também não elencado no relatório de auditoria como impropriedade. Trata-se da ausência de uma "matriz de riscos" no instrumento convocatório.

55. Em sessão recente, por meio do Acórdão 1.310/2013-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Rodrigues, este Plenum assim deliberou:

9.1) recomendar ao Dnit que, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU:

9.1.1) preveja doravante, nos empreendimentos licitados mediante o regime de contratação integrada, conforme faculta o art. 9º da Lei 12.462/2011, "matriz de riscos" no instrumento convocatório e na minuta contratual, para tornar o certame mais transparente, fortalecendo, principalmente, a isonomia da licitação (art. 37, XXI da Constituição Federal; art. 1º, §1º, IV da Lei nº 12.462/2011) e a segurança jurídica do contrato;

56. No mesmo sentido caminhou o Acórdão nº 1.465/2013-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro.

57. Sem querer ser maçante, retorno que o preço oferecido pelos particulares para o adimplemento do objeto será proporcional aos riscos por eles assumidos. Quando essa distribuição de responsabilidades não é clara, além de não haver perfeitas condições para a formulação das propostas, a situação expõe a contratação em um ambiente forte de instabilidade e insegurança jurídica.

58. Apresento a seguinte situação hipotética: se, ao se executar a obra, a contratada constatar que o solo encontrado in loco é distinto do definido nas sondagens fornecidas no anteprojeto. Uma fundação muito mais cara haverá de ser executada para suportar as cargas da superestrutura. Nesse caso, haverá termo aditivo? Existe, no mínimo, uma situação de insegurança, passível de interpretações distintas.

59. Em avaliação perfunctória, na medida em que não era passível de conhecimento prévio de qualquer das licitantes, avalio que a "surpresa" quebrou a equação econômico-financeira do ajuste, definida como imutável pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Como não existe disposição editalícia contrária, ajuízo que o aditivo será devido. Não tenho dúvidas, por outro lado, que é uma porta para a celeuma contratual. Bastaria uma disposição clara no contrato para evitar a situação. Mesma dúvida pode ter ocorrido a qualquer das licitantes (a impactar nos preços ofertados).

60. Em outro exemplo, se na obra preponderarem insumos importados e o dólar "disparar". Tratar-se-ia, em minha visão, de situação previsível (na medida em que todos sabem da instabilidade do preço da moeda), mas de consequências incalculáveis. Far-se-ia jus, s.m.j., a termo aditivo. Caso, porém, se defina a situação cambial como risco da contratada, ela poderá dimensionar seu preço em razão dessa informação. Poderá verificar, inclusive, como custo do contrato um hedge cambial para amortecer seu risco.

61. Depreende-se, pois, a indispensabilidade de clarear as regras da pactuação. Essas informações, tendo em vista impactarem relevantemente as expectativas de despesa das contratadas, são mandatórias. Tais esclarecimentos também caracterizam o objeto e as suas respectivas obrigações. Aliás, a matriz deve ser elaborada em coerência com o anteprojeto, visto que, caso se estabeleça obrigação em que não haja liberdade para a contratada inovar, tais encargos devem ter detalhamento obrigatório à época da licitação.

62. Por isso, pelos requisitos tidos como essenciais no art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei 12.462/11, julgo que seja elemento indispensável do anteprojeto."

Sala das Sessões,



Senador ARMANDO MONTEIRO

EMENDA Nº 23 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se a seguinte redação ao artigo 135 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013:

“Art. 135.

.....
III - salvo na hipótese de interposição de recurso previsto na alínea “f” do inciso II do art.129 desta Lei, recebido com efeito suspensivo, no caso de não pagamento voluntário, no prazo de cinco dias úteis após a imputação, a Administração poderá:

.....
§ 7º Nas hipóteses do inciso III do *caput* deste artigo, os valores descontados dos pagamentos devidos ao particular ou auferidos pela Administração mediante a execução da garantia poderão permanecer depositados na conta vinculada.”

JUSTIFICATIVA

A primeira alteração proposta visa resguardar o devido processo legal, ao permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo particular. Com efeito, a redação atual do dispositivo permite o desconto automático de valores devidos ao particular ou a execução da garantia de execução contratual na hipótese de não pagamento voluntário de multas a esse aplicadas.

Dessa maneira, impede o questionamento dos motivos de aplicação da multa, mediante o recurso previsto na alínea “f” do inciso II do art. 129. Ora, se os valores já serão descontados, a sanção acabará sendo aplicada sem que tenha sido oportunizado o contraditório, apto a permitir que o particular questione os motivos da sua aplicação.

Portanto, o que se propõe é que as hipóteses previstas nas alíneas do inciso III apenas sejam aplicáveis quando o particular não recorrer da aplicação da multa, medida hábil a assegurar o devido processo legal.

Por sua vez, o § 7º proposto visa permitir a reversibilidade mais célere e eficiente da aplicação das medidas do inciso III, na hipótese de deferimento de recurso contra a aplicação da multa, recebido originalmente em efeito meramente devolutivo.

Assim, prevê-se que os valores descontados dos pagamentos devidos pela Administração ou aqueles por ela obtidos com a execução da garantia permaneçam depositados na conta vinculada (definida pelo art. 5º, inciso XV, do Projeto de Lei), de modo que não possam ser utilizados pela Administração até a ultimação da discussão quanto aos motivos de aplicação da sanção.

Sala das Sessões,



Senador ARMANDO MONTEIRO

EMENDA Nº 24 – PLEN
(ao PLS nº 559 de 2013)

Inclua-se o termo “de menor preço” no inciso XIII do artigo 5º do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, dando-lhe a seguinte redação:

“Art. 5º.....

.....
XIII - concorrência - modalidade de licitação entre quaisquer interessados, conforme dispuser o edital, na qual a disputa é feita por meio de propostas ou propostas e lances em sessão pública, e em que o critério de julgamento seja o de melhor técnica, de técnica e preço, de menor preço ou de maior retorno econômico.

.....” (NR)

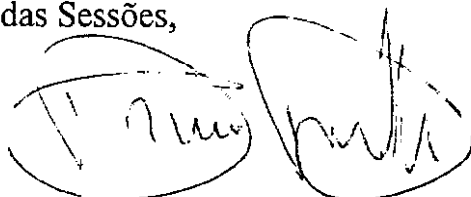
JUSTIFICAÇÃO

Os critérios de “melhor técnica”, “técnica e preço” e “melhor retorno econômico” exigem que o objeto a ser contratado se revista de determinadas características que permitam a sua adoção: relevância de aspectos técnicos para as hipóteses de melhor técnica ou técnica e preço, tal como a existência de metodologia executiva e soluções de engenharia diversificadas, e a geração de economia nas despesas correntes da Administração no caso de melhor retorno econômico.

Desta forma, a alteração aqui proposta visa possibilitar que o gestor público possa optar pela realização de concorrência sob o critério de menor preço, segundo o qual deve sagrar-se vencedor de um certame o proponente que oferecer o preço mais baixo, para aqueles empreendimentos que, em

razão de sua natureza e características, são incompatíveis com os critérios de “melhor técnica”, “técnica e preço” e “melhor retorno econômico”.

Sala das Sessões,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and strokes, positioned above the printed name.

Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 25 – PLEN

(ao PLS nº 559 de 2013)

Inclua-se, no inciso XX do artigo 5º do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, a expressão “observado o seguinte” em seu *caput* e as alíneas “a”, “b” e “c”, dando-lhe a redação abaixo:

“Art.5º.....
.....

XX - empreitada por preço global: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total, observado o seguinte:

- a) pagamento com custo de mobilização e desmobilização previsto em separado;
 - b) preço licitado pelo total, com pagamento parcelado associado a etapas;
 - c) prévia aprovação do projeto executivo.
-” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

Inicialmente, é importante destacar que tanto a doutrina especializada quanto a jurisprudência defendem a importância de maior definição da obra como requisito para a contratação em regimes de empreitada por preço global. A propósito, o entendimento de Cravalho e Pini:

“(...) Assim, o regime de preço global (mais favorável ao contratante) deveria ser adotado, em situações de elevado grau de definição da obra.

(...) Há que se considerar também a incompatibilidade de regimes de contratação com os graus de definição do que se quer executar. Executar uma obra por regime de preço global, com muitas indefinições, implicará conflito entre as partes. O preço estará subdimensionado, sob a óptica do construtor, para suportar os diversos serviços presumíveis, os quais o contratante supostamente julgaria estarem considerados no preço ofertado. Sob a óptica do contratante, o preço terá uma onerosidade excessiva porque o construtor tende a abranger, no preço ofertado, valores para cobrir presumibilidades que possam ocorrer ao longo do

processo de execução da obra” - (CARVALHO, Luiz F. e PINI, Mario S., Como remunerar fatos presumíveis? Artigo obtido em: <http://www.infraestruturaurbana.com.br/solucoes-tecnicas/14/artigo256272-2.asp> em 10/10/2012)

Carl Vicente Limmer, em sua obra “Planejamento, Orçamentação e Controle de Projetos e Obras” (1997, Editora LTC, p. 158), na contratação por preço global (contrato de preço fixo, com valor imutável em moeda constante), pressupõe-se uma definição minuciosa de todos os componentes da obra, de modo que seus custos possam ser estimados com uma margem mínima de incerteza.

Assim, conclui-se que, para a adoção do regime de empreitada por preço global, pressupõe-se uma maior precisão dos projetos, com o adequado dimensionamento dos quantitativos.

Nesse exato sentido o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

“(...) 9.1.3. a empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolver, necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea 'a', da Lei 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras; (...)” – Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1977/2013, Plenário, Relator: Ministro Valmir Campelo.

A solução mais adequada para assegurar a precisão de projeto demandada pela adoção do regime de empreitada por preço global é, sem sombra de dúvida, exigir-se a aprovação prévia do projeto executivo.

Além disso, na empreitada por preço global o contratado obriga-se à execução do objeto por um preço total; logo, a própria natureza dessa modalidade de contratação a torna incompatível com a execução fracionada em unidades.

Nessa linha de raciocínio, convém mencionar que Maçahico Tisaka, em seu livro “Orçamento na Construção Civil” (2000, Editora Pini, p.28), deixa clara essa idéia ao afirmar que, na empreitada por preço global, *“a medição no campo dos serviços realizados normalmente se faz pela determinação do percentual executado de cada serviço, até o limite do valor proposto”*.

Portanto, mostra-se necessário evidenciar que, nessa modalidade de contratação, os a medição e pagamentos deverão estar vinculados ao percentual de avanço físico dos serviços, ou, em outras etapas palavras, às etapas das obras.

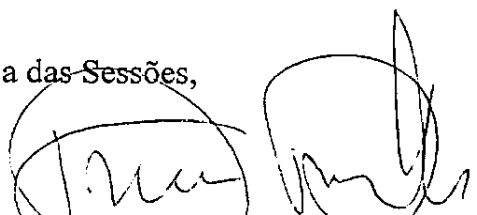
Não há como se cogitar em medição e pagamento com base em planilha de preços unitários, que se mostra adequada ao regime de empreitada por preços unitários.

Nesse tocante, vale lembrar a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, que, ao distinguir empreitada por preço global e empreitada por preço unitário, assim se manifestou:

“(…) O que tipifica a empreitada por preço global é a fixação antecipada do custo da obra para a sua totalidade, diversamente do que ocorre na empreitada por preço unitário, em que o custo resulta do que for realizado e medido, para pagamento na base da unidade contratada (...) enquanto na empreitada por preço global fixa-se antecipadamente o seu custo final, na empreitada por preço unitário o custo final resulta do que for realizado, medido e pago na base do preço unitário contratado (...)” – Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo, RT, 1991, 10 ed., pp. 267/268.

Em face do que está exposto acima, a emenda ora proposta se justifica, pois, tem a nítida finalidade de adequar a redação do texto legal à natureza e às características do regime de empreitada por preço global.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 26 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Dê-se ao inciso III do artigo 12 do Projeto de Lei nº 559, de 2013, a seguinte redação:

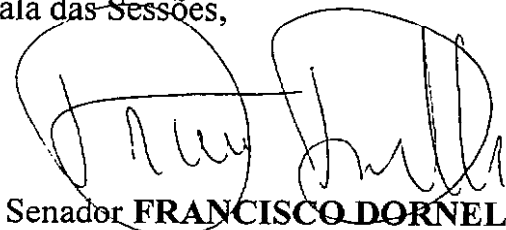
“Art.12

.....
III - nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, os objetivos da fiscalização estarão definidos pelas finalidades para as quais foi feita a contratação, devendo ainda ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica e a complexidade e especificidade do objeto contratado.” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

Considerando que as três espécies de contratação referidas no dispositivo (*empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada*) têm como parâmetro o *preço global*, entende-se que a referência à conformidade do preço *total* está equivocada, devendo-se adotar a conformidade com o preço global em seu lugar.

Sala das Sessões,


Senador FRANCISCO DORNELLES

EMENDA Nº 27 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Inclua-se o inciso IV ao artigo 12 do PLS nº 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art.12.....
.....

IV - nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, não caberá a revisão do orçamento de referência quando este já tiver sido aprovado pelo Tribunal de Contas responsável pela fiscalização e controle.” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

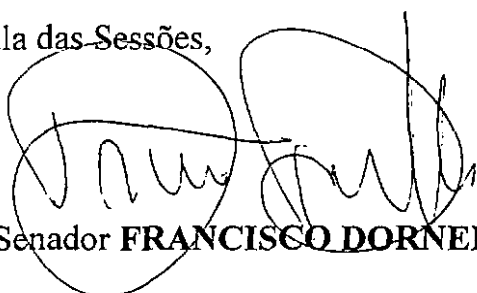
Os regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada se caracterizam, dentre outros fatores, pela determinação do valor global a partir de critérios estabelecidos no próprio PLS 559, a partir de parâmetros de mercado (art. 12, inciso III) e de orçamento sintético (art. 76, § 2º, inciso II). Como tal, são orçamentos mais simplificados - malgrado o rigor nos parâmetros que os definem – do que os orçamentos para os demais regimes, construídos a partir de planilhas detalhadas de custos unitários e da análise da composição do BDI.

Portanto, é de se esperar que a atividade de controle e fiscalização orçamentária, nos regimes em apreço, seja mais simplificada e sujeita a menor variação do que aqueles regimes vinculados a orçamentos elaborados a partir de custos unitários. Diante desta situação, não é crível supor que, após promovida a análise e aprovação dos orçamentos da empreitada integral, da empreitada por preço global e da contratação integrada, empreendida pelo Tribunal de Contas competente para a fiscalização do

contrato, permita-se a revisão desses orçamentos, sob o risco de tornar inexecuíveis contratos já em execução.

Não fosse pela inexistência de fatores que justifiquem essa revisão – eis que não há alteração nos parâmetros considerados para precificação do contrato – há de se resguardar a segurança jurídica e o princípio da confiança legítima, já amplamente reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal¹ e tido como um dos pilares do moderno Estado de Direito². Portanto, não é crível, sob os auspícios desses princípios permite a indiscriminada revisão daquilo que já se julgou regular e pelo que o contratado anuiu com a convocação da Administração para executar o objeto licitado.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

¹ Vide, dentre outros: MS 25.116/DF; MS 24.781/DF; MS 24.268/MG.

² Odete MEDAUAR: *"A sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente, sobretudo, do sistema jurídico. A segurança jurídica permite tornar previsível a atuação estatal e esta deve estar sujeita a regras fixas. Diz respeito, assim, à estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal. Vários autores afirmam que a segurança jurídica é justamente a motivação básica do Direito; o Direito é elaborado para proporcionar segurança e certeza na vida social. Daí se cogitar de que a expressão se revelaria tautológica ou redundante."* (Segurança Jurídica e Confiança Legítima, in ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, São Paulo, Malheiros, 2005, páginas 114 a 119)

EMENDA Nº 28 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Dê-se ao § 1º do artigo 25 do Projeto de Lei nº 559, de 2013, a seguinte redação:

“Art. 25

§ 1º Nas licitações de obras ou serviços de engenharia, salvo nas hipóteses de contratação integrada, na empreitada por preço global e na empreitada integral, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à administração pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor.

.....” (NR)

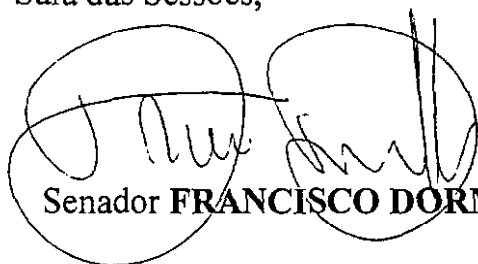
JUSTIFICAÇÃO

Sugere-se a ressalva da obrigação prevista no dispositivo em relação às modalidade de contratação integrada, empreitada por preço global e empreitada integral, tendo em conta que em tais contratos a referência é o preço global, e não os preços unitários, sendo despiciendo obrigar a apresentação da planilha de quantitativos e custos unitários previstas no dispositivo.

Nesse sentido, no que tange à contratação integrada, oportuno referir ao recente Decreto nº 8.080, de 20 de agosto de 2013 (que alterou o Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011), que, atento às especificidades dessa espécie de contratação, originalmente prevista na legislação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), excepcionou-a das obrigações relativas à apresentação de custos unitários. Nesse sentido, as

alterações carreadas ao art. 8º, § 2º¹ e ao art. 42, § 6º² do Decreto nº 7.581/11, que trataram de modo específico a contratação integrada, ressaltando as obrigações de apresentação de planilhas de custos unitários e BDI.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

¹ Art. 8º O instrumento convocatório definirá:[...] § 2º No caso de obras ou serviços de engenharia, o instrumento convocatório conterá ainda: [...]II - a exigência de que os licitantes apresentem, em suas propostas, a composição analítica do percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI e dos Encargos Sociais - ES, discriminando todas as parcelas que o compõem, exceto no caso da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011;[...]

² Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários. [...]§ 6º O orçamento estimado das obras e serviços de engenharia será aquele resultante da composição dos custos unitários diretos do sistema de referência utilizado, acrescida do percentual de BDI de referência, ressaltado o disposto no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, para o regime de contratação integrada.[...]

EMENDA Nº 29 – PLEN

(ao PLS 559 de 2013)

Altere-se o artigo 26 do PLS nº 559, de 2013, que passará a vigorar com a seguinte redação:

“Art.27. O instrumento convocatório deverá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta.” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

A presente emenda torna obrigatório o intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que, na redação atual do PLS 559/13 é faculdade do edital. A obrigação sugerida, tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta até então vigente vem ao cabo de orientação reinante na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, quando da análise sobre editais do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), origem do dispositivo aqui em comento.

Entende a Corte de Contas Federal que a falta de um intervalo mínimo entre lances pode contribuir para ofensa à economicidade e isonomia, pois licitantes mal intencionados poderiam se valer da oferta de lances intermediários e, ao cabo da etapa de disputa, ofertar um desconto irrisório sobre a melhor proposta, desvirtuando o intuito da etapa de disputa aberta.

Senão vejamos os precedentes do TCU sobre a matéria:

“9.2. recomendar à Infraero, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que, quando vier a estabelecer um intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, tal qual regrado pelo art. 17, § 1º, inciso I da Lei 12.462/2011, preveja mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante – que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias – de

cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;

9.3. recomendar ao Ministério do Planejamento e à Casa Civil, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que estudem a inclusão no regulamento do RDC, na hipótese prevista no art. 17, § 1º, inciso I, da Lei 12.462/2011 c/c art. 18, parágrafo único e art. 20 do Decreto 7581/2011, de mecanismos que coibam a possibilidade de eventual licitante – que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias – de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;”¹

“9.3. recomendar à Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno, que, quando vier a estabelecer um intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, tal qual regrado pelo art. 17, § 1º, inciso I da Lei nº 12.462/2011, preveja mecanismos que coibam a possibilidade de eventual licitante - que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias - de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;”²

“9.2. recomendar à Infraero, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que, quando vier a estabelecer um intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, tal qual regrado pelo art. 17, § 1º, inciso I da Lei 12.462/2011, preveja mecanismos que coibam a possibilidade de eventual licitante - que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias - de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a

¹ Acórdão 306/2013 – Plenário.

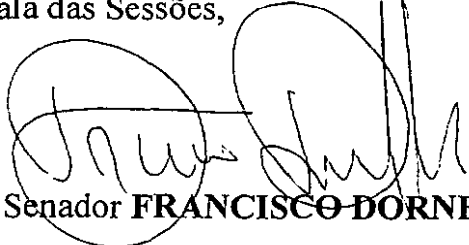
² Acórdão 1442/2013 – Plenário.

apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;

9.3. recomendar ao Ministério do Planejamento e à Casa Civil, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que estudem a inclusão no regulamento do RDC, na hipótese prevista no art. 17, § 1º, inciso I, da Lei 12.462/2011 c/c art. 18, parágrafo único e art. 20 do Decreto 7581/2011, de mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante - que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias - de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;”³

Assim, é de se ver que a adoção de intervalos mínimos entre os lances intermediários e para aqueles que cubram a melhor proposta vigente deve ser cogente, e não mera faculdade da Administração. Por essa razão, em linha com a jurisprudência do TCU, propõe-se que os editais que adotem o modo de disputa aberto prevejam, obrigatoriamente, o intervalo mínimo entre os lances.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

³ Acórdão 671/2013 – Plenário.

EMENDA Nº 30 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Inclua-se o § 2º e renumere-se ao parágrafo único do artigo 35 do PLS nº 559, de 2013, que passará a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 35

§ 1º A licença ambiental de que trata o *caput* limitar-se-á exclusivamente aos aspectos relacionados aos recursos ambientais, que compreendem a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

§ 2º O edital de licitação deverá determinar se a obrigação de obtenção do licenciamento ambiental caberá à Administração ou ao contratado, determinando a extensão dessa responsabilidade, inclusive quanto à mitigação por circunstâncias alheias ao responsável pelo licenciamento, caso fortuito ou força maior e, ainda, a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ocasionado pelo atraso na obtenção do licenciamento.”
(NR)

JUSTIFICAÇÃO

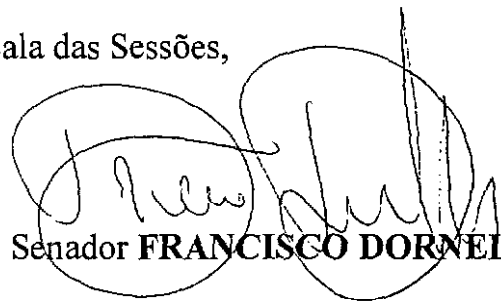
É sabido que em muitos casos, poderá ser mais vantajoso ao interesse público a assunção da obrigação em obter o licenciamento ambiental pela Administração. De fato, em determinadas circunstâncias, a Administração poderá obter as licenças ambientais devidas à execução do objeto contratado de modo mais célere ou mais eficiente, com diminuição do ônus geral do contrato.

Não por acaso, os recentes editais de concessões de serviços públicos, amparados em matrizes de riscos devidamente elaboradas, têm, em alguns casos, atribuído – parcial ou integralmente – a obrigação de licenciamento ambiental ao poder concedente. Tal se dá pela certeza de que ao fazê-lo, está-se a conferir maior eficiência ao contrato, mormente em casos nos quais a obtenção de licenças possa ocorrer de modo mais célere quando a cargo da

Administração, ou, ainda, quando a precificação do risco de licenciamento ambiental, atribuído ao particular, possa aumentar o custo de contratação.

Deste modo, a sugestão de inclusão do § 2º ao art. 35 do PLS 559/13 tem por objetivo incorporar à norma geral de contratação administrativa a possibilidade de o edital alocar, em cada caso, a obrigação pela obtenção do licenciamento ambiental. Permite-se, com isto, que as características relacionadas ao procedimento de licenciamento possam ser mais bem regulamentadas em cada contrato, a partir da análise de eficiência na obtenção de licenças.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 31 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Inclua-se parágrafo único ao artigo 38 do PLS nº 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 38.....

.....

Parágrafo único. Não será adotada a modalidade de pregão para obras e serviços de engenharia, inclusive consultiva, e para a contratação de objetos cuja execução se sujeite a distintas modalidades de execução, à execução complexa, que possa impactar o valor da contratação” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

A inclusão do parágrafo único ao art. 38, que estabelece regras gerais quanto à adoção da modalidade de pregão, intenta evitar que essa modalidade seja utilizada em situações inadequadas, referentes à execução de obras e serviços de engenharia e a objetos que demandem metodologias complexas ou com variações impactantes no preço final.

Sabe-se que o pregão é modalidade licitatória que tem por condão conferir maior celeridade aos processos de contratação da Administração. Por meio de regras e procedimentos menos burocráticos, o pregão tem logrado tornar mais célere uma série de contratações públicas.

Contudo, por essa sua característica principal, o pregão não pode ser adotado – a despeito dos efeitos benéficos que acarreta à celeridade do certame – para a contratação de objetos complexos ou cuja metodologia de execução comporte soluções distintas por parte dos particulares. Não é recomendável se valer do pregão quando as características da execução do objeto, a partir da sua complexidade ou da possibilidade de apresentar

distintas soluções, possa ocasionar variações sensíveis no valor da contratação.

Os limites da utilização do pregão, impostos pelas características do objeto licitado são devidamente explicados pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Ministério Público Federal junto ao Tribunal de Contas:

“Evidente, portanto, que não se pode jamais utilizar pregão para contratar obras, por exemplo, posto não serem considerados bens ou serviços comuns e em razão de haver na Lei expressa vedação.

O entendimento do que sejam bens ou serviços comuns está relacionado àqueles bens ou serviços disponíveis no mercado. Àqueles que não requeiram grandes inovações ou adaptações para atender à necessidade da Administração Pública.

(...)Se, ao contrário, para atender à necessidade da Administração Pública houver necessidade de grande detalhamento das especificações do bem ou serviço e se para atender a essas especificações o fornecedor precisar elaborar ou produzir algo que não está disponível para pronta comercialização, não nos parece adequado considerar o objeto da contratação bem ou serviço comum.”¹

E, em sua explanação, deixa claro quais efeitos adversos podem surgir com a adoção equivocada do pregão:

“Admitir que produtos os serviços cujo fornecimento, prestação ou fabricação requeiram adaptações ou atendimento de particularidades pouco usuais no mercado possam ser contratados por meio do pregão dá margem a fraudes e a conluios. Em razão do pouco tempo entre a

¹ Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.364.

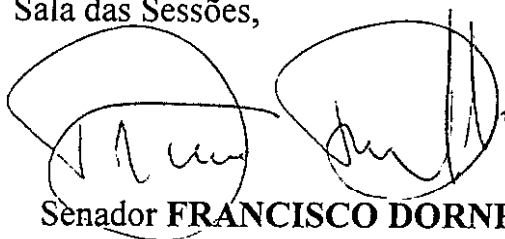
divulgação do pregão e a realização da sessão pública, os fornecedores, exceto aqueles que obtivessem informação privilegiada, poderiam não dispor sequer de prazo hábil para a elaboração das suas propostas. Ademais, se for possível aos fornecedores a elaboração das suas propostas, é possível que não disponham de tempo para fornecer o bem ou prestar o serviço que requeira especificações que não sejam usuais ou comuns no mercado.

No âmbito do TCU, a utilização do pregão para a contratação de bens ou de serviços que não considerados comuns certamente constitui o principal motivo de crítica, o que pode ser verificado no exame das decisões do Tribunal apresentadas ao final do capítulo.”²

De modo que, mesmo quando admitida na jurisprudência atual do Tribunal de Contas da União, a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia se limita àqueles objetos de natureza eminentemente comum, cuja metodologia de execução não se sujeite a distintas soluções, nem tampouco envolva qualquer grau de complexidade.

Bem por isso, a alteração aqui sugerida se ampara nesse entendimento jurisprudencial e na certeza de que a utilização indiscriminada da modalidade de pregão pode constituir abertura para desvios e licitações indevidamente conduzidas e decididas.

Sala das Sessões,



Senador FRANCISCO DORNELLES

² Op. cit. P., 365.

EMENDA Nº 32 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Inclua-se a expressão “ou em mais contratos” ao inciso I do artigo 50 do PLS nº 559, de 2013, dando-lhe a seguinte redação:

“Art.50.....
I - comprovação de que o licitante realizou, em um único ou em mais contratos, objeto com características equivalentes ao que a Administração pretende contratar, para o que poderá valer-se de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, ou de documento comprobatório a que se refere o § 3º do art. 32 desta Lei;
.....” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

A habilitação operacional diz respeito à capacidade do licitante executar o objeto da licitação e, por essa razão, trata-se de tema de suma importância, que deve ser avaliado cuidadosamente.

A possibilidade de a Administração Pública exigir que os licitantes comprovem a execução de objeto semelhante àquele licitado, em um único contrato, deve de fato ser contemplada, pois existem situações em que tal exigência se faz imperiosa.

Nesse exato sentido, o posicionamento de Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (2010, Editora Dialética, 14ª edição, p. 447):

“(...) Questão tradicional é a do somatório de atestados. Surge quando um licitante não conseguir evidenciar, em uma única contratação, o preenchimento dos requisitos exigidos no ato convocatório. Pretende-se, então, somar diferentes obras e serviços. Questiona-se a possibilidade e parece que o problema tem sido mal colocado.

A qualificação técnico-operacional consiste na execução anterior de objeto similar àquele licitado. Ora, isso significa que a identidade do objeto licitado é que determina a possibilidade ou não de somatório. Dá-se um exemplo: uma ponte de mil

metros de extensão não é igual a duas pontes de quinhentos metros. Muitas vezes, a complexidade do objeto licitado deriva de certa dimensão quantitativa. Nesses casos, não terá cabimento o somatório de contratações anteriores. Já haverá outros casos em que a questão não reside numa contratação única, mas na experiência de executar certos quantitativos, ainda que em oportunidades sucessivas. Enfim, a solução deverá ser encontrada a partir da natureza do objeto licitado (...).

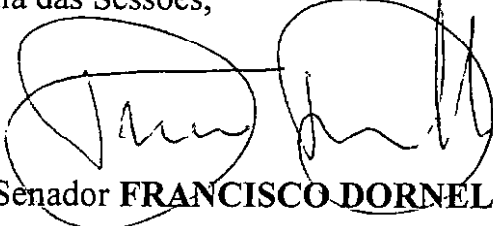
Não obstante o acima exposto, existem situações em que a comprovação da qualificação técnica operacional, sem prejuízo da segurança para a Administração Pública, pode se dar por mais de um único contrato.

A propósito, o entendimento do Tribunal de Contas da União, consubstanciado em trecho do voto do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, relator do Acórdão nº 1094/2004, oriundo do Plenário daquela Corte:

“(...) 37. Já deixei anotado no Voto anexo ao Acórdão 481/2004 - Plenário que a complexidade do objeto da Concorrência 01/2004 não deriva de suas dimensões quantitativas, mas das tecnologias empregadas. Não há, pois, sentido em se vedar o somatório de atestados se o que se deseja é aferir a capacidade do licitante em manejar determinadas metodologias e técnicas. Essa capacidade decorre da qualificação da empresa e da experiência por ela acumulada nos trabalhos realizados, independentemente de ter executado tais trabalhos no âmbito de um único ou de vários contratos (...)”.

Em face do que está exposto acima, a emenda ora proposta se justifica, pois permite ao Gestor Público que, conforme as características de cada objeto que vier a ser licitado, estabeleça as exigências de qualificação técnico operacional da forma que melhor se adeque ao caso concreto.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 33 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Inclua-se o §3º no artigo 51 do PLS nº 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 51.....

.....

§ 3º Para efeito de atendimento do disposto nos incisos III, IV e V será válida a apresentação de certidões positivas, com efeito de negativas.” (NR)

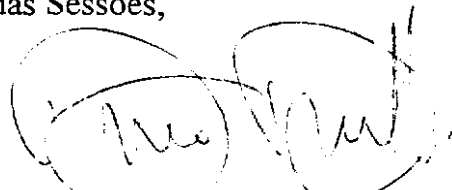
JUSTIFICAÇÃO

A inclusão do novo parágrafo busca possibilitar que as empresas com certidão positiva, desde que com efeito de negativa, participem da licitação.

Isso porque a Certidão Positiva, com efeito de negativa, comprova a regularidade das empresas, uma vez que atesta que as mesmas estão em processo de discussão de suposto débito, em juízo, sem que haja condenação.

Desta forma, não há qualquer prejuízo à Administração Pública na participação de tal empresa em processo licitatório.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 34 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Inclua-se o § 6º ao artigo 60 do PLS nº 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 60.....

.....
§ 6º A pré-qualificação será obrigatória para a licitação de obras e serviços de engenharia de grande vulto.” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

Presente já no regime atual de licitações, a pré-qualificação vem demonstrando significativos ganhos à Administração para a contratação de objetos de grande porte, mormente na execução de obras e serviços de engenharia. Tais objetos, por suas próprias características, demandam maior rigor na aferição da qualificação técnica dos licitantes dispostos a executá-lo, tendo em vista envolverem, no mais das vezes, metodologia complexa e domínio de técnica mais restrito do que objetos comuns.

Assim, a pré-qualificação refletida na *“possibilidade de ser realizada essa etapa preliminar de qualificação, que antecede a realização da própria licitação, tem o propósito de verificar o exame de aptidão técnica dos licitantes. Neste procedimento de pré-qualificação, os interessados encaminham tão-somente a documentação necessária ao exame dessa aptidão. Definidas as empresas que atendem aos requisitos seria iniciada efetivamente a licitação, dela somente podendo participar os licitantes previamente qualificados.”*¹

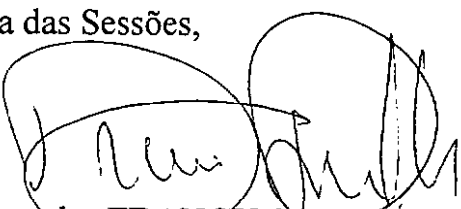
¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 251.

Portanto, a pré-qualificação permite, por meio da segregação da etapa de habilitação técnica, concentrar maior esforço na análise da capacidade técnica dos licitantes o que, ademais, implica em ganhos de celeridade no processo licitatório definitivo. Conforme a lição de Marçal Justen Filho, a *“vantagem da pré-qualificação reside em eliminar do curso da concorrência qualquer discussão acerca da idoneidade dos licitantes, eis que esse dado foi exaustivamente investigado no procedimento prévio”*.²

Dáí a razão pela qual a adoção da pré-qualificação se mostra tão acertada nas hipóteses de licitação para a contratação de obras e serviços de engenharia de grande vulto. Ora, são nessas hipóteses em que o rigor na análise da qualificação técnica dos licitantes é mais necessário, tornando-o o procedimento da pré-qualificação essencial para resguardar a Administração quanto ao sucesso do futuro contrato. Novamente nas palavras de Marçal Justen Filho, *“a pré-qualificação apenas é admissível em concorrências em que se exija uma qualificação técnica especial e superior à necessária a atividades normais”*.³

Esta é a intenção da presente emenda, ao estipular a obrigatoriedade de adoção da pré-qualificação nas licitações de obras e serviços de engenharia de grande vulto.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

² Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1084.

³ Op. cit., p. 1084.

EMENDA Nº 35 – PLEN

(ao PLS 559 de 2013)

Modifique-se o artigo 74 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, para modificar seu § 1º e incluir novos §§ 2º e 3º, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Art.74

.....

§ 1º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação.

§2º Nos casos em que mudanças de projeto resultem em alteração do licenciamento ambiental, como disposto no art. 35, implicando no rompimento da equação econômico-financeira do contrato, a execução contratual poderá ser suspensão e sua retomada dependerá da recomposição daquela equação

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º também nas hipóteses em que novas condicionantes ou compensações não previstas em licenças já obtidas pelo particular contratado são exigidas para a emissão de licenças posteriores, ou, ainda, nas hipóteses em que tais condicionantes ou compensações, mesmo que previstas em licenças anteriores são majoradas para a emissão de licenças posteriores.” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

A alteração do licenciamento ambiental pode resultar na modificação dos condicionantes e compensações estabelecidos, implicando em custos adicionais para o contratado. Portanto, a possibilidade de suspensão da execução do contrato, condicionando a sua retomada ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do pacto, é medida que preserva a equação contratual, evitando que o contratado seja injustamente penalizado com o ônus de suportar encargos adicionais aos quais não terá dado causa.

Sala das Sessões,


Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 36 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Dê-se ao § 3º do artigo 75 do Projeto de Lei nº 559, de 2013, a seguinte redação:

“Art. 75.....

.....

§ 3º Com exceção dos regimes previstos nos incisos II, IV e V do caput deste artigo, a referência do custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtida a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, podendo ser observadas as dimensões geográficas e de complexidade e especificidade do objeto contratado.

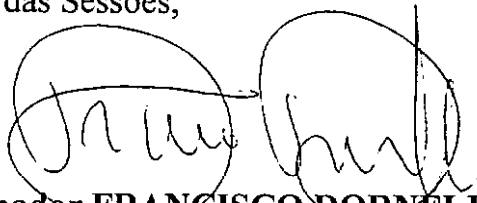
.....” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

A inclusão da ressalva acerca das modalidades que a lei define como precificadas por preço global tem por intuito deixar claro que nestes regimes de contratação prevalecem os parâmetros para estimativa do valor de contratação previstos no inciso II do § 2º do art. 76, não se confundindo com os parâmetros referidos no dispositivo alterado, que não coadunam com as características destas modalidades de contratação.

Na parte final incluímos a complexidade e especificidade do objeto, pois a natureza da obra ou serviço de engenharia deve ser considerada para aferir a economicidade de preços, comparando apenas coisas equivalentes.

Sala das Sessões,


Senador FRANCISCO DORNELLES

EMENDA Nº 37 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Altere-se o artigo 75 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, para modificar seu parágrafo 3º e excluir seu parágrafo 4º, renumerando-se os demais, passando o dispositivo a vigorar com a seguinte redação:

“Art.75º.....

.....
§ 3º A referência do custo global de obras e serviços de engenharia poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§4º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto completo aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

§5º No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos do Orçamento da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3º deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

§6º É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia.” (NR)

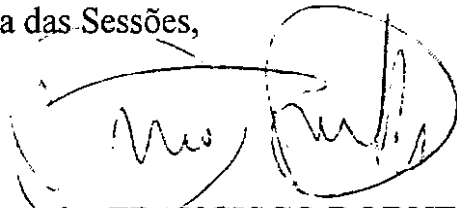
JUSTIFICAÇÃO

A alteração proposta, ao ensejo de recente veto à Lei n.º 12.919, de 24 de dezembro de 2013, visa conferir maior segurança jurídica às regras de orçamentação, evitando adotar como parâmetro exclusivo a adoção de sistemas de preços, que, ademais, podem ser refletidos em tabelas oficiais adotadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Conforme explanado no veto citado, a adoção obrigatória do SICRO e do SINAPI contraria especificidades da legislação atual que se mantém, no

PLS 559 em relação à contratação integrada, a adotar parâmetro distinto de precificação (conforme o art. 76, § 2º, inciso II).

Sala das Sessões,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'F' followed by a cursive 'D' and 'O'.

Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 38 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Incluem-se os §§ 8º e 9º no artigo 75 do PLS 559, de 2013, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.75

.....

§ 8º O edital de licitação e o correspondente contrato deverão estabelecer a responsabilidade das partes em relação à promoção, acompanhamento e conclusão dos procedimentos de desapropriação, desocupação ou servidão administrativa, necessários à execução do contrato, inclusive quanto à responsabilidade pelo pagamento de indenizações e demais custos incorridos;

§ 9º Caberá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos para a execução de obras e serviços de engenharia quando essa execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação ou servidão administrativa, por circunstâncias alheias ao contratado.” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

É cediço que a execução de obras e serviços de engenharia, mormente de grande porte, desafiam a realização de procedimentos de expropriação (desapropriação, desocupação ou servidão administrativa) de terrenos e imóveis necessários à consecução do objeto contratado. Também é certo que a experiência na contratação administrativa evidencia que muitos contratos acabam tendo sua execução comprometida por atrasos na conclusão dos procedimentos de expropriação. Tornou-se comum notícias sobre contratos que sofrem constantes atrasos na sua execução pela pendência na discussão e conclusão da disponibilização dos locais em que serão desempenhados as obras e serviços de engenharia necessários à entrega do objeto contratado.

Essa situação, prejudicial à Administração é também danosa ao contratado, que, tendo se mobilizado para início da execução – ou mesmo quando já está no desempenho das suas funções – vê-se obrigado a interromper essa execução, arcando com os custos de mobilização e com o comprometimento do seu fluxo de caixa. A ninguém é possível sustentar que esse fato não implique em prejuízos à equação contratual, tendo em vista os efeitos danosos à realidade de custos e encargos do contratado, tanto o mais pela perda de receita ocasionada pela interrupção na execução do objeto.

Por outro lado, indefinições quanto aos custos de expropriação e à responsabilidade pela sua promoção acabam comprometendo a segurança jurídico-institucional dos contratos, afastando potenciais interessados e chegando a ensejar o insucesso da licitação.

Daí porque a presente emenda busca regulamentar o tema dos procedimentos expropriatórios no âmbito do PLS 559/2013, de modo a mitigar os riscos a ele inerentes, especialmente quanto ao desequilíbrio contratual e a definição de responsabilidades entre as partes. Em rigor, a proposta aqui apresentada incorpora ao futuro regime geral das contratações administrativas solução exitosa que vem sendo adotada em contratos de concessão de serviços públicos, que cuidam de prever antecipadamente o tratamento do risco de procedimentos expropriatórios, conferindo maior segurança institucional ao contrato.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 39 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Inclua-se o § 7º ao artigo 93 do PLS 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 93

.....

§ 7º O agente público responsável pela ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato imotivada, ou declarada nula na forma do § 6º deste artigo, ficará sujeito à aplicação de sanções na forma do art. 130 desta Lei e do que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

A vivência do controle e fiscalização de licitações e contratos administrativos tem demonstrado que, malgrado o usual acerto dos órgão e agentes públicos, não por raro ordens de suspensão de licitação ou da execução do contrato acabam se mostrando desarrazoada, seja por vícios formais, seja pela completa falta de indícios concretos que autorizem ato desta gravidade.

É fato que o exercício do poder de controle e fiscalização é pressuposto basilar do sucesso da contratação promovida pela Administração, em prol da boa utilização dos recursos públicos. Contudo, é também indubitável que a suspensão temerária e infundada de licitações e da execução de contratos desempenha papel igualmente prejudicial ao interesse público. Também não se pode olvidar que, por vezes, motivações escusas do agente público com o poder para determinar a suspensão do certame ou da execução contratual acabam motivando-o a, no uso deste poder, valer-se da

suspensão em proveito próprio, ignorando qualquer benefício à Administração ou ao interesse público.

Não se tem dúvida dos prejuízos acarretados pela suspensão do certame ou da execução do contrato. No primeiro caso, o atraso na realização e conclusão da licitação pode comprometer o próprio intuito da contratação, por obstar a entrega de objeto cuja fruição pela Administração é urgente. No caso de suspensão da execução do contrato, soma-se ao prejuízo citado aqueles oriundos da interrupção dos serviços ou das obras, sendo certo que dela pode advir o aumento dos custos de execução, bem como a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo pela perda do fluxo de caixa do particular contratado, nos casos em que este não tiver dado causa ao motivo que ensejou a suspensão.

Assim é que tais prejuízos somente se justificam diante de prejuízo ainda maior, bastante a determinar a interrupção do processo licitatório ou da execução contratual. Somente em situações nas quais reste demonstrada ilegalidade ou óbice à continuidade destes atos é que admite a sua interrupção.

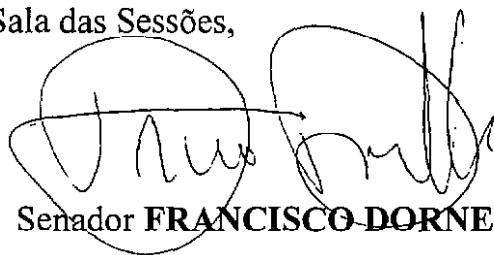
Daí porque se afirmar que da utilização equivocada do poder de controle resultam situações tão ou mais prejudiciais do que aquela que o controle pretende evitar. Aqui, cabe a remissão à opinião de Floriano de Azevedo Marques Neto, ao alertar para as consequências do desacerto no exercício despropositado do controle:

“Assistimos hoje a um processo de crescente autonomia do controle, que se manifesta ao menos por dois fatores (i) o controle tem passado a ser visto como um fim em si mesmo; e (ii) tem-se verificado, em linha com uma tendência expansionista dos mecanismos de controle, a articulação das esferas de controle (CGU, TCU, MP, SCI e AGU). Assim é que, em paralelo a esse processo, advém o seguinte questionamento: seria o controle uma instância autônoma de governo?”

Se de um lado refletir sobre o processo de 'autonomização do controle' denota uma maior preocupação com o reforço dos mecanismo de controle e com a responsabilização perante o órgão controlador, o que é fundamental para a eficácia de qualquer sistema que se procure adotar, de outro leva a percepção de que, tal como vem sendo exercido, o controle pelo controle acaba por se afastar do compromisso com seus efeitos, com a responsabilidade política que as instituições de controle devem objetivar. O instrumento de gestão é desconectado da cobrança de resultados, de modo que quem determina coo será feita a gestão não tem qualquer compromisso com o resultado. Atribui-se ao agente de controle um enorme poder, mas ele não responde pela ineficácia da atividade-fim.”¹

O que a presente emenda pretende, então, é deixar explícita a responsabilidade do agente público que venha a determinar, despropositadamente, a suspensão do certame ou da execução do contrato. Assim, cuida apenas de aludir à aplicação do art. 130 da própria Lei, que já estabelece a responsabilização do agente público, bem assim da Lei n.º 8.112/90.

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

¹ *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 221.

EMENDA Nº 40 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Inclua-se o inciso XIV no artigo 95 do PLS 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 95
.....
XIV – em obras e serviços de engenharia de grande vulto, mecanismo de solução e equacionamento de controvérsias contratuais por comissão técnica ou instância de mediação não vinculante.
.....” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

Tendência na mais recente legislação sobre contratos (Lei nº 11.079/04), a possibilidade de solução alternativa de conflitos entre Administração e particular contratado tem se mostrado relevante avanço na gestão da execução desses contratos.

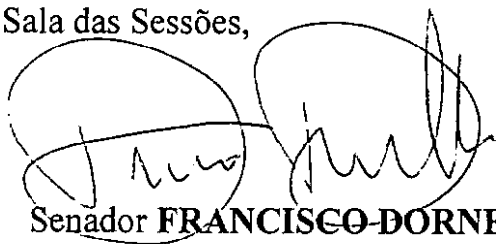
Com efeito, sabe-se bem que o contrato administrativo é seara bastante profícua na existência de litígios entre as partes, que, em alguns casos, acaba por prejudicar sua execução. Como tal, estabelecer uma esfera alternativa de resolução de litígios é um mecanismo apto a conferir maior efetividade e celeridade ao tratamento de conflitos, evitando, com isto, os efeitos prejudiciais que essa litigiosidade pode provocar. Neste sentido, cabe referência ao PLS 517/2011, que estabelece, justamente, a possibilidade de mediação entre Administração e particulares.

Ressalte-se que o mecanismo de mediação é distinto da arbitragem pois que não vincula as partes. Mas pode ser um importante instrumento

para agilizar a solução de conflitos e facilitar a execução plena dos contratos administrativos, em especial em empreendimentos complexos.

Dai porque a presente emenda propõe a previsão de instância de mediação como cláusula obrigatória dos contratos administrativos. Essa instância, por sua vez, não impediria o socorro das partes às tradicionais formas de resolução de conflitos, mas representaria uma alternativa viável para solucionar questões mais casuais, que, não obstante, podem atrapalhar demasiadamente a correta execução contratual.

Sala das Sessões,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Francisco Dornelles', is written over a circular stamp. The signature is fluid and cursive.

Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 41 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Altere-se o *caput* e os §§ 2º e 3º do artigo 96 do Projeto de Lei do Sento nº 559, de 2013, conferindo-lhes a seguinte redação:

“Art. 96. Será exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras, observado o disposto neste artigo.

.....

§2º Para obras, serviços de engenharia e fornecimentos de grande vulto, a garantia a que se refere o *caput* deste artigo será de 30% do valor da contratação.

§ 3º Nas contratações em que não estiver caracterizado o previsto no § 2º, a garantia poderá variar entre 10% e 30% do valor da contratação;

.....” (NR)

JUSTIFICATIVA

A garantia de execução dos contratos constitui um importante instrumento a cargo da Administração para evitar ou mitigar prejuízos decorrentes da má-execução dos contratos pelos particulares.

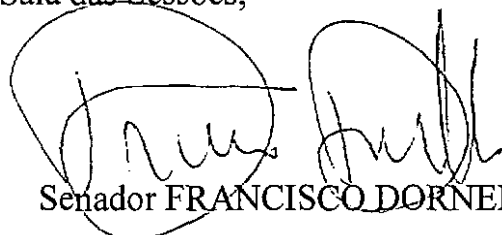
Como tal, impende seja tornada obrigatória em todos os contratos celebrados pela Administração, razão que justifica a alteração proposta ao *caput* do art. 96 do PLS 559, de 2013.

Por sua vez, com vistas a manter a razoabilidade da garantia de execução, a alteração proposta ao § 2º visa restringir o valor teto da garantia àqueles contratos de grande vulto, nos quais os prejuízos ocasionados podem ser igualmente vultosos ou, então, há incremento do risco de inexecução.

Enfim, a redação atual dos §§ 2º e 3º deixa de referenciar sobre qual parâmetro será aplicado os percentuais que estabelecem esses dispositivos

para a garantia de execução do contrato. Em linha com o regime atual, propõe-se que os percentuais de garantia sejam apurados a partir do valor do contrato.

Sala das Sessões,



Senador FRANCISCO DORNELLES

EMENDA Nº 42 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Alterem-se os incisos V e VI do § 1º do artigo 97 do PLS 559, de 2013, que passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 97

.....

§ 1º.....

.....

IV - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro, inclusive em relação a atos de desapropriação, desocupação ou servidão administrativa, reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos ou aos atos de desapropriação, desocupação ou servidão administrativa, de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

.....” (NR)

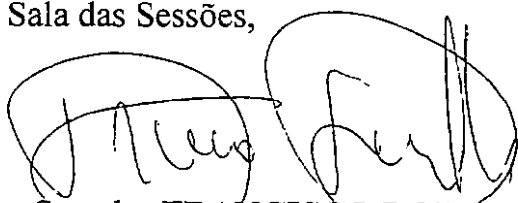
JUSTIFICAÇÃO

A emenda aqui apresentada apenas inclui, de modo explícito, os atrasos ou impedimentos decorrentes de atos expropriatórios, isto é, atos de desapropriação, desocupação ou instituição e servidão administrativas. O atraso na conclusão destes atos vem sendo recorrente em contratos administrativos, sobretudo naqueles para a execução de obras e serviços de engenharia, o que tem acarretado prejuízos à Administração e ao contratado.

Diante da relevância do tema – pela reiterada ocorrência em contratos – é recomendável que os incisos em apreço, que tratam justamente dos

atrasos provocados por atos de terceiros ou pela omissão de providência a cargo da Administração, façam referência específica aos atos expropriatórios. Com isto, confere-se uma maior segurança institucional aos particulares, aumentando o interesse nos contratos e, ademais, permitindo sua correta execução pela mitigação dos efeitos decorrentes deste tipo de atraso.

Sala das Sessões,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Francisco Dornelles', is written over a circular stamp. The signature is fluid and cursive.

Senador **FRANCISCO DORNELLES**

EMENDA Nº 43 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Suprima-se o art. 139 do PLS 559 de 2013, de 2013.

JUSTIFICAÇÃO

O dispositivo que se pretende excluir, malgrado seu nítido intuito moralizante, afronta ao princípio da separação de poderes, ao outorgar à entidade vinculada ao Poder Legislativo o poder para aplicar sanção de competência do Poder Executivo.

Ora, sabe-se que o competente trabalho desempenhado pelos Tribunais de Contas deve, sim, zelar pelo controle dos recursos do Erário, inclusive pela aplicação de sanções e recomendações que já são outorgadas às Cortes de Contas. E assim deve continuar.

No entanto, a partir do momento em que há o trespasse de uma competência própria do órgão ou entidade da Administração Pública, parece-nos haver também uma extrapolação dos limites da atuação das Cortes de Contas, sob a égide do princípio da separação dos poderes da República. Com efeito, os Tribunais de Contas são entidades de apoio à atividade de fiscalização dos Poderes Legislativos de cada ente federativo, sendo, pois, parte da engrenagem de freios e contrapesos entre os três poderes constituídos.

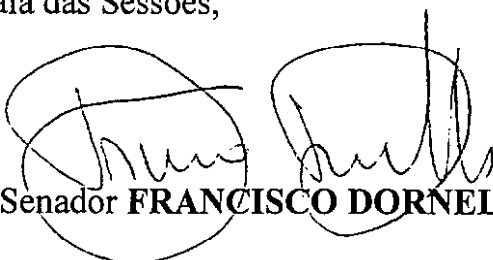
Daí porque há uma atribuição excessiva quando se estabelece a possibilidade do Tribunal de Contas impedir a Administração de contratar com determinado particular. Não por acaso, a atividade constitucionalmente outorgada aos Tribunais de Contas não lhe atribuí a competência para,

diretamente, intervir na atividade administrativa, cabendo-lhe, antes, emitir recomendações e acionar o Poder Legislativo ao qual se vincula, sempre que necessária intervenção na atividade do Poder Executivo.

Não por acaso, as hipóteses em que as Leis Orgânicas atribuem competência sancionatória aos Tribunais de Contas são excepcionais, com a restrita característica a justificar a aplicação da declaração de inidoneidade¹.

E, justamente, por contar com previsão legal já estabelecida em limites bastante restritos, consentâneos com o princípio da separação dos poderes, é que o art. 139 do PLS 559/13 torna-se excessivo por um lado (ao ampliar de forma irrestrita o poder sancionador dos Tribunais de Contas) e inócuo por outro (já que nos casos em que a gravidade da conduta reprovável assim justifica, já há previsão para a aplicação da declaração de inidoneidade).

Sala das Sessões,



Senador **FRANCISCO DORNELLES**

¹ Neste sentido, vide o art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n.º 8.443/92), ou, ainda, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (art. 108 da Lei Complementar Estadual n.º 709/93).

EMENDA Nº 44 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se nova redação ao Inciso IX do Art. 5º

ART. 5º

.....
.....
IX - bens e serviços de tecnologia da informação especiais – aqueles que não podem ser descritos na forma do inciso VIII deste artigo, por apresentarem, no objeto, heterogeneidade ou complexidade do ambiente tecnológico, integração de soluções de hardware e software de alta complexidade e/ou uso de recursos biométricos e criptográficos, alto grau de interação com demais sistemas tecnológicos e significativo valor agregado em inovação tecnológica;

JUSTIFICATIVA

O Projeto trouxe, em seu artigo 5º, o conceito de “bens e serviços de tecnologia da informação especiais”, de complexa identificação no mercado, justificando-se a sua contratação pela modalidade técnica e preço (art. 42,IV). Tal conceito deve ser ampliado a fim de considerar, ao lado da necessária complexidade do ambiente tecnológico e significativo valor agregado em inovação tecnológica, novas aplicações utilizadas no País (introdução de novas tecnologias). Dentre as novas tecnologias que são introduzidas localmente, há um destaque muito grande no aspecto da segurança, tanto física quanto lógica. Assim, tecnologias como a biometria e a criptografia em vários níveis, dentre outros, se aplicados ao produto ofertado nas contratações públicas, tornam o produto um complexo conjunto integrado de soluções de hardware e software, incluindo-o no conceito traduzido no inciso IX do art. 5º do Projeto.



Senador LINDBERGH FARIAS

EMENDA Nº 45 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se nova redação ao § 1º do Art 24

Art. 24

.....

.....

§ 1º. Quando o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes, buscando igualmente a padronização das exigências habilitatórias, reproduzidas em anexo apartado:

JUSTIFICATIVA

A padronização das minutas de edital, ferramenta criada para permitir ao gestor público a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços e viabilizar o planejamento prévio e clareamento das condições práticas em que se realizam as compras públicas, deve ser igualmente aplicada às exigências habilitatórias (documentação das licitantes), através de encarte apartado do edital, facilitando-se a compreensão e organização.



Senador LINDBERGH FARIAS

EMENDA Nº 46 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se nova redação ao Inciso II do § 1º do Art 60

Art. 60

§ 1º

II – na pré-qualificação aberta aos produtos, deverá ser exigida a comprovação de qualidade, inclusive com a demonstração e homologação de protótipo.

JUSTIFICATIVA

A pré-qualificação, instrumento ampliado pelo Projeto para auxiliar o esforço de planejamento da Administração Pública, forçando igualmente o planejamento do próprio licitante, com a consequente redução do tempo necessário ao procedimento licitatório, deve contemplar a demonstração do produto ofertado antes da realização do certame, tornando-o ainda mais célere, efetivo e eficiente (afastando-se propostas inadequadas e inexecutáveis).



Senador LINDBERGH FARIAS

EMENDA Nº 47 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Dê-se nova redação ao Art 63 e inclua-se o parágrafo único

Art. 63. A existência de preços registrados implica compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, obrigando-se a Administração a contratar no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos registrados, facultando-se a realização de certame específico para a aquisição dos quantitativos remanescentes, desde que devidamente motivada.

§ Único - O compromisso referido no caput deve ser cumprido pelo órgão gerenciador da Ata de Registro de preços ou por um dos órgãos participantes.

JUSTIFICATIVA

O Sistema de Registro de Preços, amplamente utilizado para a contratação de bens de tecnologia da informação, recebeu dispositivos inovadores no Projeto, no intuito de se possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva Ata, determinando-se a estimativa total de contratação. Tais inovações, entretanto, não alcançaram o comprometimento dos órgãos licitantes com um quantitativo mínimo de aquisição. A estipulação de um percentual mínimo de aquisição certamente trará segurança de fornecimento aos licitantes, tornando o certame mais efetivo e minimizando riscos, com a consequente redução das ofertas de preços e obtenção, pela Administração, de propostas mais vantajosas. A razão do parágrafo único é possibilitar que o mesmo instrumento, com seus respectivos quantitativos, possa ser cumprido tanto pelo gestor da Ata quanto pelos participantes da mesma.



Senador LINDBERGH FARIAS

EMENDA Nº 48 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Inclua-se o § 3º ao Art. 85 e renumere-se os demais

Art. 85.

.....

.....

§ 3º O disposto neste Artigo não se aplica aos bens e serviços de tecnologia da informação especiais discriminados no Inciso IX do Art. 5º

JUSTIFICATIVA

Para preservar os princípios da economicidade e da eficiência, em se tratando de bens e serviços de alta complexidade, assim definidos pelo Inciso IX do Art. 5º, não cabe ser restritivo. Deve-se autorizar a participação irrestrita das empresas detentoras de toda a cadeia de fornecimento na contratação do objeto licitado.



Senador LINDBERGH FARIAS

EMENDA Nº 49 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Inclua-se o Inciso III ao § 1º do Art. 86

Art. 86

§ 1º

III – a licitação para aquisição de bens e serviços de tecnologia de informação especiais deverá obrigatoriamente ser precedida de pré-qualificação, nos termos do § 1º do artigo 36 desta Lei.

JUSTIFICATIVA

A pré-qualificação, instrumento ampliado pelo Projeto para auxiliar o esforço de planejamento da Administração Pública, forçando igualmente o planejamento do próprio licitante, com a consequente redução do tempo necessário ao procedimento licitatório, deve anteceder os procedimentos licitatórios na modalidade “técnica e preço”, contemplando ademais a demonstração do produto ofertado antes da realização do certame, tornando-o ainda mais célere, efetivo e eficiente (afastando-se propostas inadequadas e inexequíveis).



Senador LINDBERGH FARIAS

EMENDA Nº 50 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Inclua-se o § 6º ao Art. 105 e renumere-se os demais

Art. 105

.....
.....

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a redução de tributos decorrer de uma política definida e delimitada de competitividade, estabelecida por Lei específica para atender a requisitos de sanidade das empresas brasileiras ante condições estruturais adversas nos mercados nacional e internacional, bem como para coibir o mercado informal de trabalho.

JUSTIFICATIVA

A definição de uma política pública de incentivo localizada, para fins de competitividade das empresas brasileiras deve ser isonômica, quanto à sua aplicação, nos setores público e privado. Se o objetivo é preservar a sanidade competitiva das empresas, garantir empregos e evitar a informalidade não se deve, no setor público tomar com uma mão o que foi concedido com a outra a mão. Na aritmética mais elementar, se um benefício tributário de X reais concedido pelo poder público retorna ao contratante público na forma de X reais, trata-se de um jogo de soma zero. Para a empresa privada o ganho é nulo. Para o órgão público, delimitado pela Lei Orçamentária, não há um milímetro de expansão nos serviços ao cidadão. Enfim, o que foi pensado como instrumento de política pública para desonerar, gerar competitividade das firmas e criar valor em termos de emprego e renda torna-se um arremedo de política fiscal. Quando tais desonerações são concedidas, as negociações entre privados para revisão de contratos, quando ocorrem, dão-se observando entendimento entre as partes, cujos critérios não são apenas financeiros, mas também de qualidade e de sustentabilidade dos próprios contratos ao longo do tempo.



Senador LINDBERGH FARIAS

EMENDA Nº 51 – PLEN
(ao Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013)

Inclua-se o § 3º ao Art. 132

Art. 132

.....
.....
§ 3º. O disposto nos incisos III e IV do caput deste Artigo incidirá igualmente sobre outras pessoas jurídicas constituídas com a participação de um ou mais sócios, com poder decisório, da Pessoa Jurídica penalizada e com atuação no mesmo ramo de atividade.

JUSTIFICATIVA

A inclusão deste dispositivo, aplicado às pessoas jurídicas constituídas pelos mesmos sócios ou acionistas e com atuação no mesmo ramo de atividade das penalidades impostas aos licitantes que infringirem as normas editalícias e a legislação aplicável, coaduna-se perfeitamente com os princípios e diretrizes da legalidade, moralidade, probidade administrativa, eficiência, segurança jurídica, razoabilidade e competitividade previstos no art. 4º do Projeto.



Senador LINDBERGH FARIAS

EMENDA Nº 52 – PLEN

(ao PLS 559, de 2013)

Incluem-se os seguintes parágrafos no art. 35 do PLS nº 559, de 2013, renomeando-se como § 1º o parágrafo único do mesmo artigo:

“Art. 35

§ 1º

§ 2º A obtenção da licença ambiental prévia constitui requisito para a publicação do edital do certame.

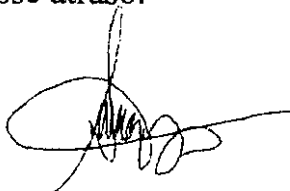
§ 3º A obtenção da licença ambiental de instalação constitui requisito para que a Administração emita a ordem de serviço autorizadora do início da execução da obra ou empreendimento, pelo contratado.

§ 4º O atraso na obtenção da licença ambiental de instalação, superior a 120 (cento e vinte) dias a partir da data de assinatura do contrato, por circunstâncias alheias ao contratado, constitui causa de rescisão do contrato a pedido deste, na forma prevista no inciso XIV do art. 118 desta Lei.”

JUSTIFICAÇÃO

A obtenção das licenças ambientais, prévia e de instalação, é causa de atrasos cada vez mais comuns na execução de obras públicas. Esses atrasos frequentemente resultam em severos prejuízos à Administração (que não logra obter o objeto contratado) e ao contratado (que se vê vinculado a um contrato que não pode executar, deixando, por conseguinte, de obter as receitas esperadas).

A presente emenda propõe, então, que a obtenção dessas licenças passe a representar condição para a publicação do edital (no caso da licença ambiental prévia) e para a emissão de ordem de serviço (no caso da licença ambiental de instalação). A emenda prevê, também, que o atraso na obtenção da licença ambiental de instalação seja causa da rescisão do contrato, a pedido do contratado, sempre que este não tiver contribuído para esse atraso.



Essas disposições visam, portanto, mitigar os efeitos prejudiciais do atraso no licenciamento ambiental, evitando perdas adicionais para ambas as partes contratantes. Cabe salientar que nenhuma das previsões é inédita no regramento da contratação administrativa. A obrigação de licitar com a licença prévia já é reiteradamente defendida pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (cf., entre outros, o Acórdão 26/2002 – Plenário, e o Acórdão nº 219/2013 – Plenário). Por sua vez, a obtenção da licença ambiental de instalação como condição de eficácia do contrato vem sendo prevista em diversos editais de concessões de serviços públicos.

Sala das Sessões,



Senador WILDER MORAIS

EMENDA Nº 53 – PLEN
(ao PLS 559, de 2013)

O artigo 95 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, passa a vigorar acrescido dos §§ 4º e 5º, com as seguintes redações:

“Art.95.....

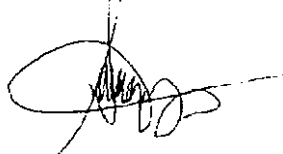
§ 4º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento, integral ou parcial, da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

§ 5º Adicionalmente, nos casos de obras e serviços de engenharia, reputar-se-ão como adimplidas as obrigações contratuais cuja medição, total ou parcial, for notificada pelo contratado à Administração sem que no prazo de 30 dias, após a referida notificação, a Administração não apresente recusa ou ressalva.

JUSTIFICAÇÃO

O conceito de adimplemento contratual estava contido na lei 8.666/93, sendo sua manutenção relevante para fins tanto de interpretação legal quanto de administração contratual. Assim, a definição contribui para promover uma melhor segurança jurídica à contratação.

Neste mesmo sentido, a inclusão do §5º visa a estabelecer que eventuais omissões por parte do contratante não afetará o conceito de adimplemento, de a implicar eventual manutenção de obrigações contratuais



junto perante à Administração. Não é razoável impor aos contratados o ônus de aguardar por prazo indeterminado a manifestação do órgão contratante.

Sala das Sessões,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Wilder Moraes', with a stylized, cursive script.

Senador WILDER MORAIS

EMENDA Nº 54 – PLEN
(ao PLS 559 de 2013)

Dê-se ao inciso III do artigo 138 do PLS 559, de 2013 a seguinte redação:

“Art.138.....

III - em dois anos no caso de suspensão para contratar com a Administração e em cinco anos para a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, com reabilitação parcial ou antes, a critério da autoridade que aplicou a sanção, se ocorrida a reabilitação integral.”

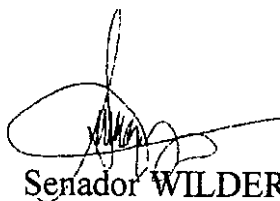
JUSTIFICAÇÃO

O dispositivo equipara as sanções de suspensão para contratar e de declaração de inidoneidade, referindo ambas à “Administração Pública”. Contudo, o art. 132, III, deixa claro que a primeira sanção se refere apenas à “Administração”, isto é, ao ente contratante.

A emenda proposta apenas promove a adequação do dispositivo ao que prevê o art. 132 do Projeto de Lei.

Além disso, é preciso adequar o dispositivo ao art. 136, § 1º, que estabelece o prazo máximo de dois anos para a suspensão para contratar com a Administração.

Sala das Sessões,



Senador WILDER MORAIS

EMENDA Nº 55 – PLEN

(ao PLS 559, de 2013)

Inclua-se os §§ 2º, 3º e 4º e renumere-se parágrafo único do artigo 35 do PLS nº 559, de 2013, que passará a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 35

§ 1º *A licença ambiental de que trata o caput limitar-se-á exclusivamente aos aspectos relacionados aos recursos ambientais, que compreendem a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.*

§ 2º *A obtenção da licença ambiental prévia é condição para a publicação do edital;*

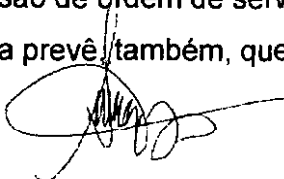
§ 3º *A obtenção da licença ambiental de instalação é condição para a emissão da ordem de serviço para início da execução pela Administração;*

§ 4º *O atraso na obtenção da licença ambiental de instalação, superior a 120 (cento e vinte) dias a partir da data de assinatura do contrato, por circunstâncias alheias ao contratado, constitui causa de rescisão do contrato a pedido do contratado, na forma prevista no inciso XIV do art. 118 desta Lei.”*

JUSTIFICAÇÃO

A obtenção das licenças ambientais, prévia e de instalação, é causa de atrasos cada vez mais comuns na execução de obras públicas. Esses atrasos frequentemente resultam em severos prejuízos à Administração (que não logra obter o objeto contratado) e ao contratado (que se vê vinculado a um contrato que não pode executar e, por conseguinte, obter as receitas esperadas).

A presente emenda propõe, então, que a obtenção dessas licenças passe a representar condição para a publicação do edital (no caso da licença ambiental prévia) e para a emissão de ordem de serviço (no caso da licença ambiental de instalação). A emenda prevê também, que o atraso na obtenção da licença



ambiental de instalação seja causa da rescisão do contrato, a pedido do contratado, sempre que este não tiver contribuído para esse atraso.

Essas disposições visam, portanto, mitigar os efeitos prejudiciais do atraso no licenciamento ambiental, evitando perdas adicionais para ambas as partes contratantes.

Cabe salientar que nenhuma das previsões é inédita no regramento da contratação administrativa. A obrigação de licitar com a licença prévia já é reiteradamente defendida pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (v., dentre outros: Acórdão 26/2002 – Plenário; Acórdão 219/2013 – Plenário). Por sua vez a obtenção da licença ambiental de instalação como condição de eficácia do contrato vem sendo prevista em diversos editais de concessões de serviços públicos.

Sala das Sessões,


Senador WILDER MORAIS

EMENDA Nº 56 – PLEN
(ao PLS 559, de 2013)

Inclua-se os § 9º e 10º ao artigo 129 do PLS 559, de 2013, com a seguinte redação:

“Art. 129

.....

§ 9º Os recursos previstos nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do caput deste artigo serão sempre recebidos com efeito suspensivo;

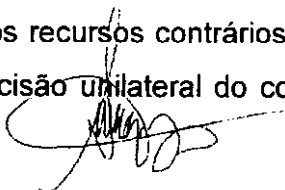
§ 10º Aos recursos previstos nas alíneas “d” e “e” do inciso II do caput deste artigo poderá ser conferido efeito suspensivo desde que, no entender da Administração, possa haver prejuízo irreparável ao particular.”

JUSTIFICAÇÃO

A emenda regulamenta os efeitos dos recursos previstos no Projeto de Lei, tema até então não tratado no texto da proposição normativa.

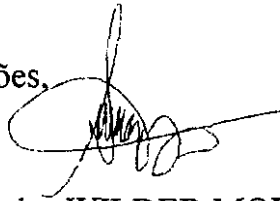
Assim, em linha com o que já prevê a legislação vigente, confere efeito suspensivo obrigatório aos recursos interpostos contra decisão de pré-qualificação, inscrição, alteração ou cancelamento de registro cadastral, habilitação e julgamento de licitante. Considerando que tais decisões implicam na participação do licitante no certame e possuem efeito direto no resultado do procedimento licitatório, é conveniente estabelecer o efeito suspensivo obrigatório, com vistas a permitir a competição e evitar o retrocesso na condução do procedimento, em virtude de deferimento do recurso. Vale destacar que o Projeto de Lei já prevê fase recursal única durante o certame, de modo que a concessão do efeito suspensivo não obstará o regular curso do procedimento.

Por sua vez, os recursos contrários à decisão de anulação ou revogação da licitação e de rescisão unilateral do contrato pela Administração podem ser



recebidos no efeito suspensivo se restar demonstrado que a vigência dos efeitos da decisão recorrida provocará dano irreparável ao particular. Aqui, tem-se mecanismo análogo ao já previsto no processo judicial, com o intuito de evitar a perenidade e irreversibilidade dos efeitos de decisão administrativa que, de resto, poderá afetar também a correta execução do objeto contratado em prejuízo do interesse público.

Sala das Sessões,



Senador WILDER MORAIS

(Às Comissões de Serviços de Infraestrutura; de Assuntos Econômicos; e de Constituição, Justiça e Cidadania)

Publicado no DSF, de 11/02/2014