

SUGESTÕES PONTUAIS PARA REFORMA DA LEGISLAÇÃO DE LICITAÇÕES (LEI N° 8.666/93 E N° 12.462/11)

I - Introdução

1. Pela Lei, as escolhas públicas devem obedecer a regras precisas e mecanismos eficazes que delimitem o poder discricionário do Estado e garantam o retorno social do investimento e do gasto público, sob a forma de bens, obras e serviços para o cidadão.

2. As licitações e os contratos da Administração Pública têm como princípios básicos:
 - a busca da isonomia na seleção das propostas,
 - o desenvolvimento econômico sustentável e
 - a escolha da proposta mais vantajosa para o Estado

3. São premissas postuladas pelo mercado de serviços da consultoria:
 - o agente público, como comprador dos serviços da consultoria, condiciona a cadeia produtiva do setor por seu poder de compra (monopsônio) decidindo em **última instância**, o valor, os custos, a qualidade e o prazo dos contratos;
 - a licitação na era global, estimula a coexistência da empresa nacional com a empresa estrangeira, através de políticas compensatórias que incentivem com benefícios a parte prejudicada em face de incentivos comerciais ou financeiros que desequilibram a livre concorrência. A tendência é buscar fórmulas compensatórias que respondam ao princípio da isonomia, esculpido no art.3º da Lei 8.666/93.

4. A licitação é um mecanismo eficaz de incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico e guarda importante função regulatória do mercado, concebendo-a

como instrumento de indução de práticas que coibam a limitação da competitividade (regulação diretiva) e induzem práticas que produzem efeitos sociais desejáveis (regulação indutiva). São exemplos entre outros: a Lei Complementar 123/06 (incentivo à micro e pequena empresa); art.14 da Lei 11.947/09 (preferência à mão de obra, materiais e tecnologia locais).

5. É consenso geral entre os estudiosos do Direito Administrativo, que os textos tanto da Lei de licitações (Lei 8.666/91) quanto da Lei do RDC (Lei 12462/11) possuem caráter formalista e punitivo ao invés de um foco maior nas regras voltadas para os resultados e o retorno social. A tendência moderna é a de escoimar dos textos o pesado arsenal de penalizações das leis e buscar definir diretrizes objetivas para maior eficiência da máquina administrativa desde o planejamento e o estudo de viabilidade dos programas e projetos até a rastreabilidade do pós-projeto.

Eis um resumo das principais sugestões que o SINAENCO pretende encaminhar para inclusão na Reforma da Lei Geral de Licitações:

II. Proposta de Reforms

1. Melhor Regramento do Planejamento Público

O Estado brasileiro padece de deficiência crônica na formulação e execução do planejamento que é o genoma dos programas, projetos empreendimentos públicos dentre outras, pelas seguintes razões:

- a. Carência de dados e elementos técnicos necessários para a concepção e desenho dos programas envolvendo grosso modo, análise e indicação dos projetos, produtos e serviços; escala de investimento e prazo de execução;
- b. Insuficiente descrição da natureza e dos atributos do serviço a contratar, em face:

- do desconhecimento do sítio de exploração do projeto pela falta de levantamentos topográficos e cadastro físico das existências vegetais e animais;
- do desconhecimento do subsolo, sondagens e ensaios geotécnicos e dados geofísicos indispensáveis ao estudo de soluções relativas a fundações, cortes, aterros e outras intervenções;
- da falta de outros requisitos técnicos que à semelhança dos requisitos acima, são essenciais à formulação das soluções alternativas do projeto, à definição dos partidos tecnológicos e à escolha e indicação dos processos e métodos construtivos.

Cabe à Administração compor este quadro referencial de informações básicas indispensáveis à formulação dos estudos e projetos que é um trabalho essencialmente técnico e de natureza predominantemente intelectual para cujo desempenho requer do agente público preciso conhecimento da natureza do produto que está contratando, por que preço e em que prazo. A falta desses elementos tem constituído falha sistêmica do processo de licitação que se revela na fragilidade conceitual da maioria dos editais e de sua documentação complementar, fato de responsabilidade do contratante e que termina por repercutir de forma severa, sobre o desenvolvimento dos projetos e dos serviços da cons ultoria, hoje, canhestramente responsabilizada pelos altos custos e atrasos dos programas e projetos de infraestrutura.

2. Maior preocupação ambiental na definição dos parâmetros que regulam compras e contratos de obras e serviços.

Nada obstante a Lei de Licitações no seu art. 3º definir como princípio básico da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a Lei de Licitações ainda é omissa na geração de política pública de proteção ao meio ambiente e incentivo à mitigação, e compensação de danos à natureza no próprio licenciamento dos programas e projetos, embora a Lei Federal nº12.187/09 que trata da Política Nacional da Mudança do Clima, dê guarida à ação pública. A importância do tema requer no texto da Lei de Licitações diretrizes ambientais de sustentabilidade com o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações públicas, via parcerias privadas; via autorização, permissão, outorga e concessão para a exploração de

serviços públicos e recursos naturais nas propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos. O Estado de São Paulo, a título de exemplo, normatizou essa matéria no Decreto nº 41.629/97 que dispõe sobre a proteção ambiental e no Decreto nº 49.674/05 que disciplina o controle ambiental.

3. Vedação das licitações por menor preço dos contratos de serviços de arquitetura e engenharia consultiva por tratar-se de serviços técnicos profissionais de natureza com predominância intelectual

A elevada incidência de licitações por menor preço nos serviços ligados à área de arquitetura e engenharia consultiva deve-se em grande parte, à simplificação e rapidez de julgamento dos processos e imprecisão dos dispositivos legais atinentes à seleção por pregão. A Administração Pública não desconhece, até por experiência própria, os riscos que a licitação por menor preço traz à qualidade, manutenção, durabilidade e segurança das obras, notadamente aquelas decorrentes dos serviços oriundos do art. 13 da Lei nº 8.666/93. O Estado de São Paulo, pelo Decreto Estadual nº 56.565 de 2010 vetou a contratação pelo menor preço de serviços técnicos profissionais da área de arquitetura e de engenharia consultiva.

Ainda nesta linha, o Conselho Federal de Engenharia, CONFEA, por decisão do Plenário, de novembro de 2012, definiu que os serviços detalhados no art.13 da Lei 8.666/93 não admitem sua contratação pela modalidade pregão assim como a contratação de obras prediais, industriais e ou de infraestrutura.

4. Melhor regulação da atividade das Comissões de Licitação

A Lei 8.666/93 possui 125 artigos e mais de 500 dispositivos. Para administração do processo de escolha da proposta e seleção de serviços, a lei instituiu desde sempre, Comissão de Licitação cujos membros revestem autonomia legal e funcional para ordenamento do processo de seleção das propostas e definição da empresa vencedora. A Comissão é ainda,

responsável em última instância, pela reputação da Administração e até pela regularidade das contas junto aos tribunais.

Do ponto de vista institucional, a rígida visão da Lei 8.666 na aplicação meramente operacional do processo licitatório levou as Comissões à análise meramente formalista dos procedimentos, privilegiando pequenas discrepâncias e falhas formais em detrimento de resultados, com prejuízo da economicidade e da eficácia das propostas. Ao invés de responder por uma função tecnocrática e de nível na Administração, essas comissões passaram a desempenhar em geral, um papel subalterno na burocracia, com baixa remuneração, inobstante a elevada responsabilidade financeira que exercem. Toda a estrutura de análise e seleção dos projetos e empreendimentos públicos recai sobre essa instituição que deveria estar assistida por quadros técnicas escolhidos ou contratados para tanto.

5. Inversão de fases

A inversão de fases do ponto de vista operacional, é uma alternativa racional que economiza tempo e recursos e tem sido saudada pelo TCU como uma inovação positiva, prevista aliás, na Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 12 da Lei nº 11.079/04). Parcera significativa da doutrina aponta todavia, reservas à inovação da Lei. Comungamos da opinião de que a inversão de fases acarreta a possibilidade da perda de transparência ao julgamento da avença, pois deixa a habilitação suscetível à contaminação do julgamento em face da flexibilidade que acrescenta na análise dos documentos habilitatórios. Defendemos a inversão de fases apenas, na alternativa de que se proceda primeiramente à seleção exclusiva das empresas por critério estritamente técnico, depois se afira o critério preço da empresa selecionada e finalmente, e se analisem os documentos de habilitação para efeito de declarar a empresa vencedora.

6. Intervenção do TCU, suspensão de pagamentos e do trabalho dos contratados

A ocorrência de serviços considerados irregulares pelos técnicos do TCU com a consequente suspensão de pagamento de faturas e até de trabalho nos canteiros tem levado não raro, ao desassossego das empresas prestadoras de serviço em todo país. No caso da paralisação de trabalho nos canteiros de obra, por teor do

art.45 da Lei 8.443/92, têm ocorrido atrasos e paralisação dos cronogramas de obras, com prejuízo para as empresas, para a Administração Pública e para a população. Registram-se reclamações de associados sobre estas ocorrências e a conveniência de aprofundamento da análise dos problemas apontados. O estudo da extensão do poder de intervenção dos órgãos de controle nesses casos, é de elevado interesse para as empresas contratadas e, se for o caso, tratamento especial a nível da legislação.

7. Exigência de comprovação da quitação do Imposto Sindical para participação das licitações

A CLT pelo seu art. 607 considera que é documento essencial à participação das concorrências públicas e fornecimento de bens e serviços ao Governo, a prova da quitação do Imposto Sindical. Esta obrigação legal vem sendo ordinariamente descumprida pelos órgãos públicos contratantes, o que tem aberto brechas para o ingresso de empresas inorganizadas e aventureiras em licitações. É pertinente que a Lei de Licitações regule esta matéria constante do artigo 607 da CLT confirmado posteriormente, pela Lei 11.648/08.

8. Indicação de Juízo Arbitral para solução de conflito

Trata-se da inclusão de um parágrafo especial no art.40 da Lei 8.666/93 facultando o uso da arbitragem na solução de conflitos decorrentes da execução do contrato. Com a aprovação da Lei 9.307/96 cresce tendência do uso do juízo arbitral nas controvérsias da área administrativa, pelas vantagens de prazo e de custo que esta alternativa oferece em relação a ação judicial. A lei 11.079/04 incluiu a arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada

9. Correção de dispositivos legais reguladores do projeto executivo

As maiores causas da irregularidade na execução e aumento dos contratos de obra residem na elaboração deficiente e na baixa qualidade dos projetos básico e executivo a que se liga e mais ainda, a agravante de a lei facilitar ao executante da obra a elaboração do projeto executivo. A alteração da lei é inadiável e se inicia pela extinção do dispositivo que concede ao construtor a possibilidade de elaborar o projeto executivo. O segundo passo é criar um artigo que determine que só se inicie a obra, após a conclusão do projeto executivo.

10 . Tópicos falhos do Regime Diferenciado de Contratação

O Regime Diferenciado de Contratação implementado para agilizar as obras relativas à Copa 2014 e o Programa de Aceleração do Crescimento(PAC) apresenta duas modalidades de contratação, com forte impacto na qualidade dos empreendimentos

A primeira modalidade, denominada Contratação Integrada é divulgada como a alternativa mais indicada operacionalmente para as licitações de obras e serviços de maior valor e complexidade. Foi instituída para os casos em que a Administração carece de condições para, por falta de conhecimentos técnicos e expertise, desenvolver projetos e empreendimentos. Compreende a elaboração e o desenvolvimento do projeto básico e executivo, aqui entregue ao setor privado que se responsabilizará ainda, pela execução das obras e serviços de engenharia, montagem, testes, pré-operação e operações finais para entrega do empreendimento.

A norma na contratação integrada, permite que o projeto básico e o projeto executivo sejam elaborados pelo particular a partir de um conjunto de informações mínimas apresentadas pela Administração (art. 9º parágrafo primeiro, do RDC), ficando com esta Administração o anteprojeto de engenharia.

Ao adquirir o produto a partir do ante-projeto, a administração pública não terá a segurança para adquirir o melhor produto ao preço adequado. Somente o projeto executivo contratado antecipadamente, poderá proporcionar esta segurança.

A segunda modalidade, Técnica e Preço, destinada à contratação de serviços técnicos profissionais de predominância intelectual, apresenta uma série de pontos a serem corrigidos.

Nesta modalidade, embora os serviços sejam classificados como serviços técnicos profissionais de predominância intelectual, faltam critérios para caracterizá-los.

Isso faz com que alguns serviços típicos de predominância intelectual sejam tratados como serviços comuns e consequentemente tradados por preço.

Na ponderação entre técnica e preço o fator maior não pode ultrapassar 70%. Ao não fixar o fator técnica como preponderante sobre o fator preço, aquisição pode ser feita por preço.

A modalidade obriga a inversão de fases com liberdade para abertura em primeiro lugar, ou da proposta comercial ou da proposta técnica. A abertura da proposta comercial antes da proposta técnica cria constrangimento para as comissões de licitações que acabam por decidir a favor do menor preço independente da qualidade das propostas técnicas.

E necessário qualificar e definir os serviços de predominância intelectual como estudos, projetos, supervisão e gerenciamento de obras. Além disso é fundamental a preponderância do fator técnica sobre o preço na proporção mínima de 70% para o fator técnica. Abertura das propostas técnicas deve anteceder sempre a abertura das propostas comerciais.

Por tanto, o aproveitamento de conteúdo do RDC em nova legislação deve obedecer a criteriosa análise para evitar novos equívocos.

Brasília-DF, 24 de junho de 2013.

Sinaenco Nacional