

EMENDA Nº 06

**EMENDA AO PLC 32/2007
(PL 7709/2007, na Casa de Origem)**

Altera parcialmente o art. 1º do Projeto de Lei da Câmara n.º 032, de 2007, para modificar a redação conferida ao § 1º do art. 43 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993:

“Art. 43.

§ 1º A Administração poderá inverter as fases de habilitação e propostas, exceto para licitações destinadas à contratação de obras e serviços de engenharia quando o edital exigir, para fins de habilitação, comprovação de aptidão do licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

§ 2º Nas licitações com inversão das fases, tal como previsto no § 1º deste artigo, deverá ser observado o seguinte procedimento:

I - abertura dos envelopes contendo as propostas de todos os participantes, verificando sua conformidade na forma do inciso IV do *caput* deste artigo, desclassificando as propostas desconformes ou incompatíveis;

II - julgamento e classificação das propostas de acordo com critérios de avaliação constantes do ato convocatório;

III - abertura do envelope e verificação da documentação relativa à habilitação exclusivamente do primeiro classificado;

IV - inabilitado o primeiro classificado, a Administração analisará a documentação relativa à habilitação do segundo classificado, e assim sucessivamente, na ordem da classificação, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no ato convocatório;

V - deliberação da autoridade competente quanto aos recursos interpostos;

VI - devolução dos envelopes aos licitantes inabilitados que não interpuseram recurso; e

VII - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.”

Ficam reenumerados os §§ 2º a 11 do art. 43 da Lei 8.666/93, na forma proposta pelo Projeto de Lei da Câmara n.º 032, de 2007.

JUSTIFICATIVA

A inversão das fases de habilitação e classificação de propostas, para que esta seja realizada antes daquela, simplifica a licitação. Ela, contudo, não pode comprometer a isenção dos agentes públicos na avaliação da qualificação dos licitantes, sob pena de comprometimento do princípio da isonomia, um dos pilares da licitação.

A razão lógica da realização da fase de habilitação antes do conhecimento das propostas é justamente assegurar que a Administração verifique o atendimento, pelos licitantes, dos requisitos habilitatórios de forma objetiva e isenta.

É o que bem esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Ora, se a sucessão legal das fases fosse inobservada, resultariam facilidades para *tratamento desigual entre os participantes do certame*. O prévio conhecimento do teor das propostas põe em risco o pressuposto de *isonomia na fase de habilitação*, permitindo que o juízo sobre o teor das propostas refluisse sobre o juízo concernente à idoneidade dos participantes da licitação. Se a qualificação puder sofrer influência ditada pelo conhecimento das propostas, obviamente o exame da habilitação não poderá se beneficiar das condições de isenção necessárias à garantia de um tratamento isonômico, violando-se nisto o fundamental princípio da igualdade entre os participantes.” (Licitação, Editora Revista dos Tribunais, p. 54)

A despeito da posição do jurista, é possível admitir que, quando seja objetiva a aferição dos atributos dos licitantes, as fases podem ser invertidas sem comprometimento do princípio da igualdade. Por isso o Projeto de Lei andou bem ao não impor a inversão das fases, permitindo sua adoção somente quando ela seja adequada.

No caso de licitação de obras e serviços de engenharia, contudo, a avaliação da qualificação técnica dos licitantes, por meio da aferição de desempenho anterior de atividade similar ao objeto da licitação, *sempre comporta uma margem de subjetividade*, mais ou menos ampla, mas sempre presente.

O art. 30, § 3º, da Lei n.º 8.666/93, prevê que será sempre admitida a comprovação de aptidão para cumprimento do futuro contrato por meio de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior ao objeto licitado.

É bem verdade que essa norma está voltada a todas as licitações, mas ela tem aplicação quase exclusiva nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia. Pelo menos nas licitações com esse objeto é mais sensível o problema de subjetividade na avaliação da relação de pertinência e equivalência entre a experiência exigida para fins de habilitação e a demonstrada pelo licitante. É que a construção civil está dividida em vários setores ou especialidades: saneamento básico, pavimentação, edificação, infra-estrutura, montagem industrial etc.

Não é possível aferir objetivamente, por exemplo, se a execução anterior de obra de construção de aeroporto revela capacidade técnica equivalente à necessária para construção de barragem; se a execução anterior de obra de saneamento demonstra a aptidão para execução de obras de pavimentação, e por aí vai.

Em razão da diversidade de setores da construção civil, em qualquer licitação pode haver margem de subjetividade para avaliação da capacidade técnica de um ou outro licitante.

A avaliação dos atributos dos licitantes depois do conhecimento dos preços ofertados pode comprometer a objetividade e isenção da decisão administrativa. Pelo menos, jamais haverá garantia de que as decisões na fase de habilitação foram, de fato, rigorosamente isentas e objetivas.

Uma vez que é possível desde já identificar que a inversão das fases não é aplicável às licitações de obras e serviços de engenharia, é necessário proibi-la na Lei, já que, em tese, poderia haver abuso de agentes públicos no exercício da faculdade de inversão prevista no Projeto de Lei da Câmara nº 032, de 2007.

Brasília - DF, 15 de maio de 2007.

Senador Flexa Ribeiro