

**COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 32, DE 2007 –
SUBSTITUTIVO DE 2007 – DE AUTORIA DO SENADOR EDUARDO
SUPLICY**

Carlos Pinto Coelho Motta

Sumário: 1. Preliminares; 2. Mérito; 2.1 Extensão da modalidade pregão a licitações de técnica e preço – alteração do Art. 4º, § 1º da Lei 10.520/2002; 2.2 Adoção do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia – alteração dos §§ 2º e 3º do art. 4º da Lei 10.520/2002, e do § 9º do art. 23 da LNL; 2.3 Alteração da Lei do Tribunal de Contas da União – art. 45 da Lei 8.443/1992; 2.4 Projeto executivo como pré-requisito à instalação do procedimento licitatório – alteração do art. 7º, § 2º, I da LNL; 2.5 Convocação de consulta ou audiência pública sobre especificações de objeto a ser licitado – acréscimo do § 9º ao art. 15 da LNL; 2.6 Nova hipótese de dispensa de licitação – acréscimo do inciso XXIX no art. 24 da LNL; 2.7 Ausência de critérios objetivos para aplicação da inversão de fases – acréscimo do § 1º, e incisos, ao art. 43 da LNL; 2.8 Redução dos quantitativos referentes à latitude contratual – alteração do art. 65, § 1º e incisos da LNL; 2.9 Atribuição de competência aos Tribunais de Contas para aplicar sanções – acréscimo do § 7º ao art. 87 da LNL; 2.10 Castração do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório – alteração do art. 109, § 2º da LNL; 3. Considerações finais.

1. PRELIMINARES

O Substitutivo Suplicy tem como origem o Projeto de Lei nº 32, de 2007, da Câmara Federal, que por sua vez fundamenta-se no PL 7.709/2002, de autoria do Executivo Federal; todos prevendo alterações na Lei Nacional de Licitações e Contratos, Lei 8.666/1993.

Sobre o PL 7.709/2007 (ou seja, o Substitutivo relatado pelo Deputado Márcio Reinaldo) este signatário teve a oportunidade de examiná-lo em detalhe e produzir um texto crítico, publicado em periódico especializado na área do direito administrativo.¹ Cabe lembrar que o referido PL pretendia alterar, no máximo, dezenove

¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Os princípios constitucionais da Administração Pública e o Projeto de Lei nº 7.709/07. *ILC*, ano XIV, n. 158, abr. 2007, p. 341-347. Vide ainda, no mesmo propósito: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007). *FCGP*, ano 6, n. 67, jul. 2007, p. 20-28; JUSTEN FILHO, Marçal. Violação à Constituição na reforma da Lei de licitações. *Negócios Públicos*, mai.2007, p. 17-19; LIMA, Luiz Henrique. Alterações recentes na legislação de licitações e contratos; impactos para o controle externo. *BLC* n. 7, 2007, p. 658-662; REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. Panorama atual e futuro das licitações públicas no Brasil. *Revista JML*, ano I, n. 3, jun. 2007, p. 44-55; TOLOSA FILHO, Benedicto. Propostas do PAC para alteração da Lei de licitações. *ILC*, ano XIV, mai.2007, p. 449-455.

artigos, em um total de 126, da Lei 8.666/1993. Já o Substitutivo do Senador Eduardo Suplicy é proposta mais radical, que altera mais de um terço dos dispositivos da norma em questão; e, indo mais além, modifica artigos das Leis 8.443/1992 e 10.520/2002.

As sucintas considerações que se seguem não almejam deslustrar a iniciativa do eminente Senador Eduardo Suplicy, cuja dimensão ética e política é por todos reconhecida. Visam apenas a boa prática da dialética jurídica, e representam uma crítica construtiva a mais esse louvável esforço de adequação e aperfeiçoamento da estrutura da contratação pública em nosso País.

2. MÉRITO

2.1 Extensão da modalidade pregão a licitações de técnica e preço – alteração do Art. 4º, § 1º da Lei 10.520/2002

Em nosso entender, constitui grande equívoco a alteração proposta para o § 1º do art. 4º da Lei 10.520/2002, que estende o campo de aplicação da modalidade pregão a objetos compatíveis com o tipo de licitação de *técnica e preço*.

A modalidade pregão, por suas características e finalidade, tanto quanto pela especificidade de seus objetos (“bens e serviços comuns”, art. 1º da referida Lei), não se adapta intrinsecamente a licitações de técnica e preço. As dificuldades operacionais, a nosso ver, seriam intransponíveis. Existe efetivamente um consenso na doutrina acerca da fundamental incompatibilidade do pregão com objetos complexos,² tornando inúteis e supérfluas as cautelas engendradas nos incisos de I a IV.

Dado o amplo alcance da incompatibilidade observada, é igualmente inútil o § 10, acrescentado ao art. 23 da LNL, que pretende vedar “a adoção da modalidade pregão em licitações do tipo ‘melhor técnica’.”

Para a eficiência e adequação do pregão, é essencial que estejam sendo licitados os chamados “bens de prateleira” ou serviços usuais no mercado.

2.2 Adoção do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia – alteração dos §§ 2º e 3º do art. 4º da Lei 10.520/2002, e do § 9º do art. 23 da LNL

Cabe, de plano, registrar uma informação incorreta da Relatoria do Substitutivo Suplicy, quando afirma que a Comunidade Européia adota modalidade de

² Vide GASPARINI, Diógenes (Coord.). *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 26 e ss; JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 25-31, onde são referenciados outros relevantes autores na área, como Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR, Vera MONTEIRO e Joel de Menezes NIEBUHR.

licitação semelhante ao previsto no art. 3º do referido Substitutivo, que dá nova redação ao art. 4º da Lei 10.520/2002, §§ 1º, 2º e 3º. A redação do § 2º, combinada com a do § 9º do art. 23 da LNL, acaba por significar a adoção *obrigatória* do pregão para *obras*, tipo menor preço, até o valor de 3,4 milhão de reais. O pregão seria facultativo nas obras de valor superior.

Na realidade, essas diretrizes não são adotadas na Comunidade Européia. A Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu (vide itens 12,14 e 15 dos *consideranda* e art. 1º, nº 2, alíneas *a* e *b*, bem como nº 7 do mesmo art. 1º) não admite “leilões eletrônicos” para atividades constantes do Anexo I referido na alínea *b* – atividades que efetivamente correspondem ao nosso conceito de “obra”, expresso no art. 6º, inc. I da Lei Nacional de Licitações. Para melhor análise, cabe transcrever, em edição portuguesa:

Art. 1º, nº 2, *b*:

“‘Contratos de empreitada de obras públicas’ são contratos públicos que têm por objecto quer a execução, que conjuntamente a concepção e a execução, quer ainda a realização, por qualquer meio, de trabalhos relacionados com uma das actividades na acepção do anexo I ou de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante. Por ‘obra’ entende-se o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica.”

Por sua vez, o Anexo I, ao qual remete o texto acima transcrito, traz o quadro sinótico com a “Lista de actividades referidas na alínea *b* do nº 2 do artigo 1º”, especificando: “construção, preparação dos locais de construção, demolição e terraplanagens, perfurações e sondagens; construção geral de edifícios e engenharia civil; construção de coberturas; construção de estradas, vias férreas, aeroportos e de instalações desportivas; engenharia hidráulica; outras obras especializadas de construção; instalações especiais; instalação eléctrica; revestimento de pavimentos e de paredes; pintura e colocação de vidros; actividades de acabamento; aluguer de equipamentos de construção e de demolição com operador.”

Está visto que tais actividades identificam-se com o conceito de *obra*, residente no art. 6º, inc. I da LNL; e que muitas delas (revestimento de pavimentos... pintura e colocação de vidros... actividades de acabamento...) referem-se, mesmo, a obras de *pequeno vulto*.

E o mesmo art. 1º da Directiva 2004/18/CE, em seu nº 7, complementa o tema de modo a não deixar qualquer dúvida:

“7. Leilão electrónico é um processo interativo que obedece a um dispositivo electrónico de apresentação de novos preços, progressivamente inferiores, e/ou de novos valores relativamente a determinados elementos das propostas, desencadeado após uma primeira avaliação completa das propostas e que permite que a sua classificação se possa efectuar com base num tratamento automático.

Por conseguinte, certos contratos de empreitada de obras e certos contratos de serviços relativos a realizações intelectuais, tais como a concepção de uma obra, não podem ser objeto de leilões electrónicos.”

Desfeito o equívoco relativo à legislação de Comunidade Europeia, que teria servido de alicerce à proposta de alteração do art. 4º, § 2º da Lei 10.520/2002, cabe a crítica ao próprio teor da proposta de utilização do pregão para obras de engenharia.

A concepção é questionável, *primeiro*, porque a premissa essencial da modalidade pregão (seja no formato presencial, seja no eletrônico) é licitar objetos simples, “intercambiáveis”. Pelo próprio escopo da Lei 10.520/2002, só se utiliza o pregão no caso de bens e serviços “comuns” – isto é, referidos no parágrafo único do art. 1º dessa Lei como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade admitam definição objetiva no edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Tal premissa é incompatível com obras de engenharia, que exigem ineludivelmente o *projeto básico* (art. 6º, IX, combinado com art. 12 da LNL). Nesse ponto, é sabido que o chamado “termo de referência” preconizado nos sucessivos regulamentos federais do pregão³ não pode pretender substituir o PB, em face das exigências dos seus elementos indispensáveis, rigorosamente elencados no referido art. 6º, IX, da Lei de Licitações. O termo de referência não constitui documento equivalente ao PB, e sobre o tema existe clara manifestação do TCU, afirmando que “toda e qualquer licitação que contemple em seu objeto um serviço, seja de engenharia ou não, o projeto básico constitui anexo obrigatório do edital ou carta-convite.”⁴

Segundo, porque na disputa pelo menor preço, no âmbito do pregão, a busca da agilidade e as contingências da verbalização impediriam que se considerassem conjuntos de especificações mais complexas, indissociáveis de projetos de obras, mesmo de pequeno vulto.

Essa tem sido a nossa análise desde os primórdios da aplicação do pregão,⁵ corroborada pela edição dos decretos regulamentadores federais. O art. 6º do Decreto 5.450/2005 reafirma parcialmente um dado que já figurava no art. 5º do anterior

³ Decretos 3.555/2000, 3.697/2000, 5.450/05, 5.504/05.

⁴ *ILC* n. 42, 1997, p. 630.

⁵ Vide, nossos: *Pregão, teoria e prática – nova e antiga idéia em licitação pública*. 2ª. ed., São Paulo: NDJ, 2004, p. 14 e ss.; *Novas práticas sobre pregão eletrônico: Decretos ns. 5.450/05 e 5.504/05. BLC* n. 12, 2005, p. 829.

Decreto 3.555/00, o qual eliminava categoricamente do âmbito de aplicação do pregão as “obras e serviços de engenharia”. O tema, a despeito das tratativas de inúmeros analistas e da jurisprudência, vinha retornando periodicamente à discussão.

Especificamente quanto aos *serviços* de engenharia, a redação da Lei não é expressa; depreende-se então que, *enquanto* possam ser qualificados, inquestionavelmente, sob o rótulo de “serviços comuns” – e nesse passo dispensem efetivamente o projeto básico – haja margem para sua contratação mediante pregão, obviamente com as necessárias cautelas operacionais. Entende o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que “um *serviço* de engenharia pode ser comum quando a atividade do profissional cujo registro no CREA é exigido não é predominante em termos de complexidade e custo. Sendo comum pode ser licitado por pregão presencial ou eletrônico, adotando cautelas.” (g.n.)⁶

Portanto, o que vemos como absolutamente assente e pacífico é a exclusão da aplicabilidade do pregão eletrônico ou presencial às *contratações de obras de engenharia*.

Em análogo sentido, colocam-se objeções (mencionadas em tópico anterior) acerca da aplicação do pregão ao tipo de licitação de *técnica e preço*, cuja operacionalização seria notadamente difícil e abriria certamente margem à aleatoriedade e subjetividade – mesmo levando em conta a tentativa de roteirização empreendida pelos incisos do § 1º (agregado ao art. 4º da Lei 10.520/2002).

Tais objetos são também incompatíveis, a nosso ver, com a *inversão de fases* adotada no pregão, caracterizada pela primazia da fase comercial sobre a habilitatória. Esse aspecto será melhor explicitado em tópico subsequente deste comentário.

2.3 Alteração da Lei do Tribunal de Contas da União – art. 45 da Lei 8.443/1992

Cumpra desfazer um outro equívoco do Substitutivo em tela, desta feita relativo à proposta do art. 6º, que incide sobre o art. 45 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Essa Lei trata da organização e funcionamento do Tribunal de Contas da União.

É evidente que tal matéria não encontra apoio no art. 22, inc. XXVII da Constituição Federal, que, como sabemos, especifica a competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados,

⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica – Regulamentação: Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. *FCGP*, ano 4, n. 42, jun. 2005, p. 5571-5576. Entretanto, perfilhando decisões anteriores, veja-se esta do TCU: Acórdão 1062/2005, *DOU* de 12/8/05, em que aquela Corte considera irregular a realização de pregão para contratação de bens e serviços de engenharia, incluindo aqueles em que se exige assinatura profissional registrada no CREA.

Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”

O conteúdo da redação proposta para o art. 45 da Lei do TCU extrapola, pois, inteiramente o âmbito de uma Lei de licitações e contratos sancionada pela União, sendo inconstitucional e formalmente inválido.

2.4 Projeto executivo como pré-requisito à instalação do procedimento licitatório – alteração do art. 7º, § 2º, I da LNL

Passando a outro ponto, não somos favoráveis ao teor do item 15.2 do Relatório que acompanha o Substitutivo, item este que preconiza instalar a licitação de obras somente após a conclusão do *projeto executivo* – tese que se pretende petrificar no § 2º, inc. I, do art. 7º da LNL.

A nosso ver, é uma sugestão que se contrapõe à própria definição de projeto executivo, ou seja, “o conjunto dos elementos necessários e suficientes à *execução* completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT” (com o devido grifo no vocábulo *execução*).

Por outro lado, tal proposta em nada contribui para a agilização do processo licitatório, tampouco da execução contratual. O projeto básico, em sua concepção e elaboração eficiente, deve bastar para o cálculo da viabilidade do objeto e fornecer todos os elementos necessários à abertura da licitação e apresentação das propostas.

Sempre entendemos que não se corrige uma patologia administrativa criando outra.⁷ Destarte, não se deveria solucionar o problema dos PBs imprecisos onerando-se a Administração Pública com o custo (sabidamente elevado) da elaboração prévia e perfunctória de um projeto executivo, que por princípio haverá de ser reformulado na contratação e até mesmo, em freqüentes casos, refeito no curso da operacionalização, incluindo as contingências *as built*. Esse é um fator de realidade; e sua elisão poderá comprometer a economicidade de todo o empreendimento.

Na *contratação* – aí sim, é o momento certo de se exigir um PE que abranja todas as especificações cabíveis e que, de fato, esteja apto a orientar a gestão da obra.

Aliás, não nos parece que a opinião do preclaro Prof. Marçal Justen Filho seja peremptória a respeito da necessidade do projeto executivo *prévio à abertura da licitação*, a não ser na hipótese da concessão.⁸

Solução mais simples e prática será exigir o cumprimento fiel e regular dos arts. 6º, IX; 7º, § 2º; 40, I e 47 da LNL em vigor. Veja-se, a propósito, comentário

⁷ Cf. nosso *Eficácia nas licitações e contratos*. 10. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 8-11.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 212.

do Prof. Jessé Torres Pereira Júnior, a propósito do regime de empreitada por preço global:

“Considerando-se a definição legal desse regime (v. comentários ao art. 6º, VIII, *a*), conclui-se que a insistência do art. 47 em grifar o ‘total e completo conhecimento do objeto’ deve-se ao fato de que, naquela empreitada, não haverá, necessariamente, projeto executivo, embora não se prescindia do projeto básico (v. comentários aos arts. 6º, IX, e 7º, § 2º, I). Segue-se que à Administração caberá fornecer aos interessados os dados e elementos capazes de suprir a ausência do projeto executivo e/ou de complementar o projeto básico, de forma a ensejar que as propostas apresentem-se em condições de corresponder às características da obra ou do serviço em licitação.”⁹

2.5 Convocação de consulta ou audiência pública sobre especificações de objeto a ser licitado – acréscimo do § 9º ao art. 15 da LNL

Propõe-se que a Administração, mediante edital, convoque consulta ou audiência pública, no formato eletrônico, a propósito das especificações de um objeto que se pretenda licitar. Os incisos do § 9º, aposto ao art. 15 da LNL, descrevem os passos a serem seguidos, sempre jungidos à veiculação por meio eletrônico.

Ficam, entretanto, indefinidas:

- (a) a forma dos “questionamentos” dos interessados: se serão feitos apenas por meio eletrônico, ou seja talvez tolerado o vetusto papel;
- (b) a “publicação” (inc. III do § 9º) das especificações finais, a ser feita “na forma do *caput* deste artigo”. Ora, o *caput* do art. 15 da LNL não contém qualquer indicação sobre a forma de publicação.

Enfim, trata-se evidentemente de um experimento, sem referencial doutrinário ou legislativo.

Navegando sobre as dúvidas operacionais suscitadas pela confusa redação, configura-se o que a teoria administrativa chama de “retrabalho” – ou seja, duplicidade de esforços relativamente ao mesmo fim. Isso porque, na legislação em vigor, um certame pressupõe já (na medida de seu vulto) a audiência ou a consulta pública, nas quais podem ser expostas e discutidas as especificações do objeto.

⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 554.

No momento político em que se discutem os entraves burocráticos e o alongamento dos prazos da LNL, é no mínimo inusitada uma proposta de alongamento de rituais e tempos administrativos. Ainda mais quando tais trâmites fornecem a oportunidade de erigir novas restrições à participação, como as estipuladas no § 10, também acrescido ao art. 15 da LNL.

2.6 Nova hipótese de dispensa de licitação – acréscimo do inciso XXIX no art. 24 da LNL

A proposta de acréscimo de hipótese de licitação, com base no disposto na Lei 10.973/2004, reflete outro equívoco conceitual. A referida Lei, como se sabe, “*dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências*”. As diretrizes citadas, constantes do art. 3º, do inc. I do art. 4º e dos arts. 5º e 20 estão voltadas, claramente, para os *convênios* de pesquisa científica e tecnológica – e não para as contratações de obras, serviços e fornecimentos. Tais diretrizes, obviamente, dizem respeito aos tipos de ajuste contemplados pelo art. 116 da LNL, que, por sua natureza jurídica, refogem ao âmbito das licitações públicas.

A proposta de ampliação do rol das hipóteses de dispensa é, pois, tanto inócua quanto incorreta, pois as atividades descritas nos dispositivos da Lei 10.973/2004 já são intrinsecamente isentas da obrigação de licitar: o convênio não tem como antecedente necessário o procedimento licitatório.

Ilustra esse aspecto a magistral doutrina do Prof. Toshio Mukai:

“Com efeito, se o convênio pressupõe partícipes e não partes, em que a Administração ajusta o seu objetivo e interesse a outros do mesmo sentido, para alcançar (ambos) o mesmo interesse comum, é evidente que a busca e a escolha respectivas de tal ou tais partícipes não pode ficar submetida a licitação, sendo, no caso, inviável qualquer certame em que os interessados entrem em competição com aquela finalidade.

A Administração deve ser livre para encontrar aquele interessado que tenha os mesmos objetivos e o mesmo interesse (portanto, comum) para realizar seu objetivo. É, assim, inviável a competição, no caso dos convênios.”¹⁰

2.7 Ausência de critérios objetivos para aplicação da inversão de fases – acréscimo do § 1º, e incisos, ao art. 43 da LNL

¹⁰ MUKAI, Toshio. Os convênios celebrados pela Administração e a legislação sobre licitação. *BLC* n. 12, 1989, p. 514. Sobre convênio e dispensa de licitação, vide TC 020.069/93-6, *DOU* de 17/6/96.

Quanto à *inversão de fases* na licitação, com a abertura e julgamento das propostas realizados anteriormente à habilitação dos concorrentes, é prática hoje definitivamente consolidada no pregão e retomada pela Lei das parcerias público-privadas. Há muito é reivindicada pela doutrina, ao ser adotada indiretamente pelo art. 32, § 1º da Lei 8.666/93. Sempre admitimos a pertinência da simplificação de fases, mesmo tendo sido essa interpretação da Lei 8.666/93 condenada pelo TCU.¹¹

Entretanto, é sabido que tal prática não pode ser adotada indiscriminadamente, não se prestando a *todos os objetos*. Na Lei das parcerias público-privadas, 11.079/04, não chega a ser preconizada taxativamente, porque os arts. 12 e 13 foram redigidos de forma tecnicamente cautelosa. Insinuam-se, não obstante, severas dúvidas operacionais quanto ao oferecimento de lances – muito embora esse ritual se situe, claramente, após a qualificação técnica. Assim, em concorrências complexas, para contratações vultosas e de duração alongada como as reguladas pela Lei 11.079/04, necessariamente a fase de oferta de preços é precedida pela de qualificação técnica.

A Lei 8.987/95, que rege a concessão comum, teve adicionado o art. 18-A (pelo art. 120 da Lei 11.196/05), pelo qual o edital “poderá” (também discricionariamente) prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

Ilustrativamente, ainda quanto à conveniência ou não da inversão de fases em todas as modalidades, cabe citar textos legislativos recentes na área das licitações e contratos, oriundos de Estados da Federação, como um interessante fenômeno relacionado ao exercício de competência concorrente.¹²

O Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, em competentíssimo Parecer, manifesta sua posição contrária à utilização indiscriminada da inversão de fases em todo tipo de licitação. Qualifica a medida como imprópria para licitações de grande vulto, porque “torna a habilitação influenciada pelo julgamento econômico (a inversão suprime o princípio da estanqüidade das fases), levando a uma contaminação entre qualificação e julgamento.” Nesses casos, “não é consentâneo com o interesse público tornar a fase de verificação da capacidade do futuro contratado como que para homologar o julgamento econômico.”¹³

Essa tese, que exclui a possibilidade da inversão de fases para licitações de técnica, técnica-preço e grande vulto, é sem dúvida mais consistente e adequada às condições administrativas brasileiras. Aliás, é amplamente adotada pelo direito comparado.¹⁴

¹¹ Decisão 935/00, BLC n. 6, 2001, p. 375.

¹² Exemplos: a Lei 9.433, de 1/3/05, do Estado da Bahia; e a Lei 5.848, de 13/3/06, do Estado de Sergipe; essa última determina que a inversão de fases não pode ser praticada em licitações como a de melhor técnica (art. 4º do texto) e a de técnica e preço (art. 5º). Nesses casos, relativos a objetos de maior complexidade, deve proceder-se em primeiro lugar à abertura dos envelopes de técnica.

¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parecer, *mimeo*, 13/3/2006.

¹⁴ Vide DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84.

Em nosso entender, a ser adotada a inversão de fases como regra em toda licitação, a Administração recairia no inflexível império da “proposta mais barata”, retrocedendo à vetusta e ultrapassada diretriz do art. 743 do Código de Contabilidade da União de 1922 e dando as costas a toda a evolução legislativa que se tem processado no vetor da “melhor” proposta, e mesmo à opinião doutrinária nesse sentido.¹⁵ A primazia da proposta comercial, sem o exame prévio da qualificação técnica ou financeira, poderá ainda dar margem ao conluio de preços, ou à oferta inexequível, mesmo adotando-se todos os referenciais e cadastros recomendados.

Eis porque a adoção da inversão de fases deve estar submetida a critérios extremamente técnicos e objetivos. Nesse ponto, não nos convenceu a vaga menção aos princípios da eficiência e da economicidade, que aliás constituem pressupostos de toda e qualquer licitação.

2.8 Redução dos quantitativos referentes à latitude contratual – alteração do art. 65, § 1º e incisos da LNL

É mais uma aplicação da máxima que tivemos o ensejo de citar em item anterior deste mesmo trabalho: não se corrige uma patologia criando outra.

Assim, eventuais questionamentos que se possam colocar acerca de possível superdimensionamento de aditivos contratuais não devem ser interpretados de forma que os acréscimos e supressões no objeto do contrato tenham de ser drasticamente reduzidos e quase eliminados.

A nosso ver, não é dessa forma que se há de regular o inesperado, ou lidar com o inexorável “mundo dos fatos”. A previsão de flexibilidade corresponde à intrínseca mutabilidade do contrato administrativo, reconhecida unanimemente pela doutrina, destinada precisamente a fazer face à incerteza e às intercorrências imprevisíveis, somadas a inevitáveis deficiências do planejamento estratégico.

Permitimo-nos refletir que, talvez, o despreparo dos operadores e as falhas dos controles interno e externo ofereçam margem para excessos, pelos quais não se deve atribuir culpa à norma do § 1º do art. 65 da LNL. Nesse ponto, cabe lamentar que, em todas as sucessivas propostas de alteração da LNL, não se tenha voltado o foco para a *capacitação* e *estímulo* dos servidores responsáveis por sua aplicação: comissões de licitação, pregoeiros, equipes técnicas e de apoio, como, aliás, expressamente estipulado na Constituição Federal, art. 39, notadamente parágrafos 1º, 2º e 7º.

Nesse passo, terá sido olvidada uma alteração fundamental, no equivocado § 4º do art. 51 da mesma LNL, que estipula a investidura dos membros das Comissões permanentes em *um ano*, vedada a recondução da totalidade dos membros

¹⁵ Vide FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Comentários à reforma administrativa federal*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 271-272.

para a mesma comissão no período subsequente. Ora: um bom julgador não se faz com o regime de apenas um ano de exercício; a anualidade da comissão permanente de licitação representa uma subjacente e inútil reserva relativa à probidade do servidor público de carreira, figura reconhecidamente espezinhada e desrespeitada na vigente cultura da burocracia brasileira. Nesse ponto, concordo plenamente com o Prof. Airton Nóbrega, no sentido da necessidade dos servidores na área de licitação e gestão contratual serem aquinhoados com carreira própria.¹⁶

E observamos ainda, paralelamente, os Tribunais de Contas a desempenharem e aperfeiçoarem o seu papel de vigilância, no que tange aos “indícios de irregularidades” nas obras públicas.

2.9 Atribuição de competência aos Tribunais de Contas para aplicar sanções – acréscimo do § 7º ao art. 87 da LNL¹⁷

Outra questionável proposta tem em vista conferir aos Tribunais de Contas a tutela para *aplicação das sanções* contidas nos incisos III e IV do art. 87 da LNL.

A redação é de duvidosa constitucionalidade, porquanto lhe faltam os necessários fundamentos: (a) no art. 71 da Constituição, que elenca as competências dos Tribunais de Contas; (b) no referido art. 22, XXVIII da mesma Carta, que não defere à União a competência de alterar a Lei Orgânica do TCU. Ainda, extrapola a própria ementa do Substitutivo, que se refere apenas à Lei 8.666/93 em seu âmbito próprio de regulamentação do art. 37, XXI da mesma Carta.¹⁸

Enfim, uma Lei específica de licitações e contratos não tem o condão de “transferir” sumariamente a um órgão de controle externo a aplicação de sanções nas hipóteses que prevê.

Cumprе lembrar um pressuposto inafastável do próprio conceito de Administração Pública: esta não pode jamais eximir-se de seus poderes-deveres. Assim, cabe inexoravelmente ao Poder Executivo e às instâncias administrativas a execução das tarefas capciosas e por vezes desagradáveis pertinentes à aplicação da Lei Nacional de Licitação, sob pena de subverter a ordem jurídica.

¹⁶ NÓBREGA, Airton Rocha. Eficiência nas licitações públicas e gestão eficaz dos contratos administrativos. *Jornal da Associação dos Procuradores Federais*, jul. 2004, p. 8; e do mesmo autor: Exoneração dos servidores estáveis. *FA*, ano 1, nov. 2001, p. 1297.

¹⁷ Essas observações aplicam-se à sanção do inc. III do art. 87 da LNL; a sanção do inc. IV já estava prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992.

¹⁸ Vide: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 211 e ss.; CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da competência julgadora dos Tribunais de Contas. *RDA* n. 237, 2009, p. 327-339; MOURA CASTRO, Flávio Régis Xavier de. Os Tribunais de Contas e sua jurisdição. *RTCEMG*, ano XXIII, n. 1, 2005.

2.10 Castração do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório – alteração do art. 109, § 2º da LNL

A redação da proposta de alteração do art. 109 é notavelmente obscura. Afirmando que os recursos não terão efeito suspensivo, *excetua* os casos de inabilitação e desclassificação – para, logo após, contradizer-se, negando, “em qualquer desses casos”, a paralisação do processo licitatório. O que fica para o leitor é a indefinição e a ambigüidade do discurso, do qual apenas se depreende a tentativa de solapar, talvez engenhosamente, o direito ao contraditório e à ampla defesa assegurados pelo art. 5º, LV da Constituição da República.

Tal proposição representa nítido retrocesso relativamente ao histórico legislativo: seu teor global chega a ser pior que o art. 75, § 1º, do Decreto-lei 2.300/86 (que concedia efeito suspensivo *apenas* na etapa habilitatória), e o efeito geral é de uma orientação tanto autoritária quanto retrógrada, que almeja sem dúvida obstruir uma das normas fundamentais do ordenamento constitucional. Esta é perfilhada pela Lei do processo administrativo federal 9.784/1999, nos arts. 2º e 27, parágrafo único, voltados para o princípio da segurança jurídica.¹⁹

A redação engendrada para o § 2º do art. 109, em seu contraditório teor, cumpre também o papel de aumentar o nível de discricionariedade e subjetivismo da comissão responsável; e cria novas prerrogativas e inaceitáveis privilégios relativos à ação estatal.

A propósito de proposição semelhante contida no PL 7.709/2007, que ceifava alternativas recursais e, analogamente, o efeito suspensivo, comentou o Prof. Marçal Justen Filho:

“O resultado prático será a multiplicação de ações judiciais, agravando ainda mais os problemas do Poder Judiciário e de outros órgãos de controle externo. Ao invés de pleitear à própria Administração Pública a revisão dos atos defeituosos, o interessado será constrangido a invocar a proteção externa.

Enfim, impedir o direito ao recurso numa época em que se cogita da edição de súmula vinculante para impor a observância do devido processo legal no exercício da atividade de controle (do TCU, no caso) atinge as raias do surrealismo.

Como última meditação, cabe insistir sobre a ausência de razoabilidade na invocação de argumentos fundados em eficiência administrativa para afastar a gestão pública democrática. A eficiência não legitima a

¹⁹ Vide: STF, MS 24.163, *Informativo STF* n. 316, 2003; MS 25.116, *Informativo STF* n. 415, 2006; e especificamente Medida Cautelar em MS 25.259-6, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 28/3/05. Ainda do STF: RE 22.392-7, 244.544, 244.543 e 223.904.

eliminação dos instrumentos de controle democrático, conquista definitiva da Nação brasileira.”²⁰

No trecho transcrito, o mestre paranaense refere-se ao Supremo Tribunal Federal, que ao publicar as primeiras Súmulas Vinculantes, assegurou, na de nº 3, de que nos processos do Tribunal de Contas da União fossem observados os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa do interessado, em processo administrativo “de cuja decisão possa resultar anulação ou revogação de ato administrativo que o beneficie.”²¹

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprir advertir que não perfilhamos a concepção radical que preconiza a modificação *integral* da Lei 8.666/93 – ou seja, sua revogação e substituição global. Após termos colaborado em inúmeros estudos para sua mudança, temos hoje a convicção de que a LNL, ao longo do extenso caminho já percorrido, adquiriu inegavelmente grande sedimentação doutrinária e jurisprudencial.²² Endossamos plenamente a afirmativa do Prof. Marçal Justen Filho, de que o processo de aplicação da LNL produziu um tipo específico de depuração legislativa, extremamente útil e operacional em nossa realidade administrativa.²³

Convictos embora da necessidade de modificação da LNL, acompanhamos as manifestas e respeitáveis posições doutrinárias que preconizam tão-somente a erradicação e substituição dos dispositivos geradores de dubiedades, atrasos e ineficácia (esta tem sido aliás, nos últimos anos, a opção técnica do governo federal). Por conseguinte, defendemos a premissa formal que tem orientado os recentes projetos de lei e o próprio Substitutivo ora em exame, propugnando um estudo minucioso que

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Violação da Constituição na reforma da Lei de licitações. *Negócios Públicos*, mai. 2007, p. 19.

²¹ Precedentes: MS 24.268, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 17/9/04; MS 24.927, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 25/8/06; RE 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 6/10/95; RE 329.001 (AgR), Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 23/9/05; AI 524.143 (AgR), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 18/3/05.

²² Vide, nessa linha: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Dez anos de aplicação da Lei Nacional de licitações e contratos. In: FERRAZ, Luciano e MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 587-667; e ainda, de nossa autoria: Workshop sobre mudanças no regime jurídico das licitações. *RTCMG*, v. 49, out./dez. 2003, p. 79; Mudanças na estrutura da contratação brasileira. *FCGP*, ano 4, n. 43, 2005, p. 5713.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a. ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 13.

leve a alterações tópicas na LNL, no sentido de maior simplificação e resolutividade das licitações para conduzir ao sucesso contratual.²⁴

Acima de tudo, entendemos que a LNL não deve ser satanizada ao ponto de suscitar mudanças: (a) que restrinjam direitos e garantias constitucionais; (b) que a doutrina e a jurisprudência sedimentadas não possam acatar; e (c) que a praxis administrativa não possa incorporar.

O projeto de alteração da legislação licitatória não se presta ao método de “ensaio e erro”, considerando que seu desvirtuamento atinge o erário público e onera o Poder Judiciário com novas recorrências.

O desafio que ora se coloca ao legislador contemporâneo é conciliar o tratamento substancial dos direitos e valores essenciais, assegurados constitucionalmente, com o pragmatismo dos meios e fins.

Em 4 de setembro de 2007

Carlos Pinto Coelho Motta

²⁴ Ilustrativamente, em judiciosa palestra no I Congresso de Licitações e Compras Governamentais, em Salvador/BA, no dia 1º de junho de 2005, o Prof. Maurício Portugal Ribeiro focalizou várias sugestões nessa linha.