

SUGESTÕES PARA A PROPOSTA DE LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS DO PLS 559/13

Guilherme F. Dias Reisdorfer
Mestre em Direito do Estado pela USP
Advogado da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini

1. As regras de participação de consórcio

O art. 13 disciplinou a participação de consórcios nas licitações.

No tocante à qualificação econômico-financeira, tratou o tema de forma essencialmente idêntica àquela prevista no art. 33 da Lei 8.666/93, ao aludir à exigência de “*somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação*” (inc. III).

O problema é que a expressão “*na proporção de sua respectiva participação*” não recebeu interpretação uniforme e pacífica durante a vigência da Lei 8.666/93. A locução admite tanto a compreensão de que os valores de cada consorciado poderiam ser considerados de forma absoluta (até o atingimento da participação), como a de que os valores deveriam ser considerados de forma relativa, aplicando-se o percentual de participação no consórcio sobre os indicadores econômicos de cada qual.¹

Se dentre os objetivos do PL 559 estão os de propiciar segurança jurídica e celeridade (art. 3º), faz sentido, então, que o art. 13 discipline de forma específica como deve ser a compreensão da sistemática de qualificação econômico-financeira dos consorciados. Cabe debater no processo legislativo qual das possibilidades hermenêuticas afigura-se a mais adequada e adotá-la, para reduzir a litigiosidade sobre a matéria.

Por outro lado, o art. 13, § 3º, da Lei 8.666/93 manteve a previsão de que “*no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira*”. Essa previsão parece reverberar mais a tradição normativa sobre a matéria do que razões jurídicas ou práticas que a justifiquem.

¹ A distinção entre as hipóteses é descrita de forma didática por Marçal Justen Filho: “Um exemplo numérico permite a compreensão da diferença. Suponha-se exigência de patrimônio líquido mínimo de 100 unidades monetárias. Imagine-se consórcio integrado pelas sociedades “A” e “B”. A primeira tem patrimônio líquido de 80 unidades e participação de 60% do consórcio. A segunda tem patrimônio líquido de 40 unidades e participação de 40%. Aplicando-se a primeira interpretação, o consórcio não preencheria os requisitos de habilitação. A sociedade “A” colaboraria com 48 unidades (60% de 80) e a sociedade “B”, com 16 (40% de 40). Já na segunda interpretação, o consórcio poderia ser habilitado. Seriam computadas 60 unidades por “A” (60% de 100) e 40 por “B” (40% de 100)” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 790).

Por isso, faz sentido discutir a sua retirada, considerando que: (1) a previsão constitui barreira de entrada, na medida em que reduz as possibilidades de montagem de consórcio; (2) não se relaciona com o objetivo de desenvolvimento nacional, visto que a liderança, por si só, em nada altera as condições de oferta, execução ou garantia do objeto licitado; e (3) como correntemente indicado pela doutrina, há a possibilidade de participação de empresas estrangeiras isoladamente, o que confirma não haver sentido em impor que, no caso do consórcio, a empresa estrangeira tenha de se associar com empresa nacional líder.

2. A necessária consideração de custos indiretos

O art. 31, § 1º, previu a mera possibilidade de a Administração considerar custos indiretos como fatores de escolha do objeto licitado: “*Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento*”.

Entende-se que seria preferível impor o *dever* de consideração desses aspectos, na medida em que os custos envolvidos durante a utilização do objeto licitado constituem aspecto determinante da vantagem econômica a ser aferida para aferir a melhor proposta. Isso não significa eliminar a discricionariedade administrativa no tocante às escolhas a serem estabelecidas (considerando, inclusive, eventuais restrições orçamentárias imediatas que impeçam priorizar ciclo de vida mais amplo do produto, p. ex.), mas estabelecer um dever de análise e de motivação expressa acerca desses diversos aspectos.

3. A disciplina da matriz de riscos

Arrisca-se dizer que a prática de contratação administrativa no Brasil considera, de modo bastante geral, que a disciplina contratual é um tema relegável a segundo plano. Por essa perspectiva, bastaria à esfera contratante aludir às “cláusulas essenciais” previstas em lei e às competências administrativas que permitiriam interferir sobre o curso da relação contratual para compor a disciplina contratual.

Em linha com a orientação que órgãos de controle têm manifestado, os artigos 19 e 90² aludem à matriz de riscos como elemento de regulação da relação contratual.

² “Art. 19. O instrumento convocatório poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante”.

A sugestão é a de que, ao invés de indicar que “o instrumento convocatório poderá”, que se estabeleça que o edital *deverá* dispor sobre os riscos contratuais identificáveis por ocasião da licitação e passíveis de serem distribuídos entre as partes – ainda que, evidentemente, o tratamento da matéria varie, diante da complexidade de cada caso.

Cabe reconhecer, afinal, que todo o contrato é uma via de transferência e alocação de riscos. Alguns desses riscos são disciplinados pela legislação, mas a maior parte não o é. Impõe-se, portanto, que o ente contratante exerça a tarefa de tomar conhecimento desses riscos e de discipliná-los, de forma motivada e obedecendo a lógica de eficiência econômica referida no § 1º do art. 90³.

A proposta parte da premissa de que o planejamento da licitação não envolve apenas a concepção adequada do objeto licitado, mas também a concepção jurídica adequada à cada contrato. Tal medida pode favorecer a redução da litigiosidade em torno de pleitos de reequilíbrio e a transparência, na medida em que, ao ir além de conceitos e disposições genéricas, o contrato oferecerá parâmetros concretos para que as revisões contratuais sejam realizadas.

Ademais, apesar de a discussão sobre matriz de riscos ainda estar em amadurecimento no Brasil, pode ser relevante admitir, como alternativa ao distrato previsto no art. 19, § 2º, II⁴, a possibilidade de as partes repactuarem a matriz de riscos diante de sujeições imprevistas, desde que tal seja a via mais econômica (em face da extinção do contrato) e considerando motivação similar àquela exigida no art. 102, § 13⁵, para alterações contratuais que extrapolam os limites regulares de modificação contratual.

“Art. 90. O instrumento contratual poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz alocando-os entre contratante e contratado mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público, pelo setor privado, ou compartilhados”.

³ “§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput considerará, em compatibilidade com as obrigações e encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula, e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo”.

⁴ “§ 2º. O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto: (...) II – à possibilidade de rescisão amigável entre as partes, quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual”.

⁵ “(...) § 13. Excetuam-se aos limites percentuais estabelecidos neste artigo as mudanças contratuais consensuais de natureza qualitativa que atendem cumulativamente aos seguintes requisitos: I – os encargos decorrentes da continuidade do contrato devem ser inferiores aos da rescisão contratual e realização de um novo procedimento licitatório; II – as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importam prejuízo relevante ao interesse coletivo a ser atendido pela obra ou serviço; III – as mudanças devem ser necessárias ao alcance do objetivo original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; IV – a capacidade técnica e econômico-financeira do contratado deverá ser compatível com a qualidade e a dimensão do objeto contratual aditado; V – a motivação da mudança contratual tenha decorrido de fatores não previstos por ocasião da contratação inicial e que não tenham configurado burla

4. A previsão de contratação de “serviços associados”

Os artigos 5º, XXXII, e 92, § 10º, disciplinaram interessante figura denominada “serviços associados”. O primeiro dispositivo qualificou os serviços associados como “*regime de contratação*”, pelo qual, após o fornecimento do objeto, “*o contratado se responsabiliza por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado*”. O art. 92, § 10, estabeleceu o período máximo de prestação desses serviços, estipulando o prazo de cinco anos.

A lógica é interessante porque permite atribuir ao fornecedor o *risco de qualidade*, de *operação* e de *manutenção* do objeto por determinado prazo, sugerindo a existência de contratos bifásicos, que comportariam mais de um regime contratual – um para o fornecimento e o outro específico da execução dos serviços associados.

Porém e para além dessa perspectiva de atribuição de risco, compreende-se que as previsões, tal como postas, permitiriam a adoção dessa sistemática também para contribuir com a remuneração das prestações executadas na primeira etapa do contrato. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de interpretar “operação” como a exploração de espaços comerciais da obra pública que seja objeto do contrato, inclusive para que essa receita seja utilizada para o fim de remunerar o objeto fornecido. Isso significaria uma clara aproximação com a lógica aplicável aos contratos de concessão.

Embora pareça adequada a previsão geral dos serviços associados – o que significa abrir espaço à criatividade administrativa para resolver as necessidades de cada caso –, cabe considerar a possibilidade de haver interpretações restritivas, focadas, p. ex., na aplicação do “princípio do parcelamento” (locução mantida no art. 35, V, a, do PLS 559), o que pode resultar em uma aplicação restritiva desse modelo.

Diante disso, a sugestão é que o texto do projeto de lei esclareça a amplitude da noção de “serviços associados” e qual deve ser a sua relação com o objeto fornecido, isto é: se a relação deve ser justificada apenas em

ao processo licitatório; VI – a alteração não ocasione a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza ou propósito diversos”.

⁶ “Art. 5.º Para os fins desta Lei consideram-se:

XXXII – fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado se responsabiliza por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado”.

“Art. 92. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista no edital, devendo-se observar, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários.

§ 10. Os contratos firmados sob o regime de fornecimento ou prestação de serviço associado terão sua vigência máxima definida pela soma dos prazos relativos ao fornecimento inicial com os dos serviços de operação e manutenção, estes limitados a prazo de cinco anos contados da data de recebimento do objeto inicial”.

razão de aspectos técnicos, ou se a existência de um vínculo econômico também possibilitaria a contratação desse regime em conjunto com o fornecimento do objeto pretendido.

5. O devido processo de modificação contratual e de reequilíbrio econômico-financeiro

Dentre as cláusulas essenciais dos contratos administrativos, o art. 86 poderia estabelecer que o contrato deverá disciplinar especificamente os procedimentos modificação contratual e de reequilíbrio, com previsão de espaço de participação ao sujeito contratado e, eventualmente, com a fixação de prazo supletivo geral máximo (120 dias, p. ex.) para conclusão dos procedimentos, tenham eles sido instaurados pela administração ou pelo particular, sob pena de responsabilização administrativa dos responsáveis.

Por outro lado, sugere-se que, a exemplo do disposto no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95, o art. 91, § 2º, do PLS 559 preveja a recomposição da equação econômico-financeira *concomitante* como condição de eficácia das alterações contratuais que venham a ser promovidas.

Essas medidas têm o condão de evitar a insegurança e a omissão frequentemente verificadas no processamento desses pleitos – o que favorece tanto o particular, quanto a esfera administrativa contratante, que assim reduz o risco de se ver compelida a arcar com encargos moratórios significativos.

6. A anulação de contratos administrativos

O art. 91 do PLS 559 revela estrutura similar à da Lei 8.666/93 ao elencar as “prerrogativas da administração”. Tal como a Lei 8.666, o art. 91 não alude à competência de anular o contrato. O PLS 559 prevê a possibilidade de anulação administrativa da licitação (art. 63, IV)⁷, mas, quanto ao contrato, alude-se apenas à sua “declaração de nulidade” (art. 111)⁸, sem atribuir competência à esfera administrativa contratante a esse respeito.

A rigor, essa disciplina seria suficiente para afastar a possibilidade jurídica de a Administração Pública promover a anulação de atos bilaterais. Apesar disso, além de haver alguma divergência doutrinária, na prática não são incomuns casos em que é promovida a anulação em âmbito administrativo.

⁷ O dispositivo, que revela uma repetição, a ser suprimida, da expressão “ofício ou provocação de terceiros”, está assim redigido: “Art. 63. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá: (...) IV – proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável, por ofício ou provocação de terceiros”.

⁸ “Art. 111. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”.

Adotando a premissa de que não há, nem na Lei 8.666⁹, nem no PLS 559, atribuição de competência administrativa para anular contratos, a sugestão é que, para pacificar a questão, a disciplina indique expressamente que a anulação de contratos administrativos encontra-se reservada ao controle do Poder Judiciário ou ao exame da matéria em âmbito de arbitragem, inclusive como forma de situar os limites de atuação dos órgãos de controle sobre a matéria.

Informação bibliográfica do texto:

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Sugestões para a proposta de lei geral de licitações e contratos públicos do PLS 559/13. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 117, novembro de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].

⁹ À luz da Lei 8.666, essa orientação é defendida, por exemplo, por Carlos Ari Sundfeld (Os contratos de concessão e sua anulação. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 7, jul./set.2006, disponível em <http://direitodoestado.com.br>) e Adilson Abreu Dallari (Anulação do contrato administrativo. *In* BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (coord.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 23-31.