

CONTRIBUIÇÕES PARA O DEBATE SOBRE O PLS 559 (PROJETO DE NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS)

Rafael Wallbach Schwind

*Doutor e mestre em direito do Estado pela USP
Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

Participação de licitantes estrangeiros:

- 1) O parágrafo 3º do art. 13 estabelece que a liderança de consórcio entre empresas brasileiras e estrangeiras deverá caber sempre à empresa brasileira. O dispositivo repete o comando estabelecido pela Lei 8.666, que é apontado por grande parte da doutrina como inconstitucional. Contudo, não faz sentido manter o dispositivo. Se empresas estrangeiras podem participar isoladamente de licitações, não há motivo para que não possam ser líderes em um consórcio com empresas nacionais. Além disso, deve-se incentivar a participação de estrangeiros a fim de ampliar as chances de se obter propostas mais vantajosas à Administração Pública. Sugere-se a exclusão do dispositivo, ou a alteração de sua redação para que permita expressamente que empresas estrangeiras sejam líderes em consórcio com empresas brasileiras.
- 2) O parágrafo 2º do art. 62 prevê que “§ 2º As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo Federal”. Não há sentido em editar um regulamento dispendioso sobre documentação equivalente. Deve-se permitir que a Administração, em cada caso concreto, decida fundamentadamente se a documentação apresentada é equivalente ou não. Ou então, a própria lei poderia estabelecer critérios gerais para se definir o que é documentação equivalente. Da forma como está o dispositivo na redação do projeto de lei, a ausência ou demora de edição de um regulamento dificultarão a participação de empresas estrangeiras em licitações.

Contrato de eficiência:

- 1) Pela definição de contrato de eficiência (art. 5º, L) e pelo disposto no art. 34, tem-se a impressão de que a integralidade da remuneração do particular nesse tipo de contrato será vinculada à economia gerada. Entretanto, poder-se-ia admitir situações de remuneração “mista”, em que apenas uma parcela da remuneração seja vinculada à redução de despesas. O ideal seja permitir maior flexibilidade nos contratos, de

modo que a Administração Pública, em cada caso concreto, tenha condições de estabelecer as condições que sejam mais condizentes com as suas necessidades.

- 2) Além disso, poderiam ser levados em conta outros tipos de economias geradas, não apenas as economias vinculadas a despesas correntes.

Matriz de risco:

- 1) O inciso XXV do art. 5º define matriz de risco como sendo uma “cláusula contratual”. Entretanto, é possível que a matriz de risco derive de diversas cláusulas contratuais, e inclusive de uma interpretação sistemática do contrato.
- 2) A redação do parágrafo 5º do art. 90 ficou confusa e pode levar a algumas interpretações equivocadas.
- 3) O PLS dá a interpretação de que em apenas algumas situações deve haver uma matriz de risco definida contratualmente. O ideal seria que todo contrato administrativo tivesse clareza a respeito de sua matriz de risco. Assim, caberia uma revisão da redação do PLS.

Prerrogativas da Administração contratante:

- 1) Os arts. 91, I, e 102, estabelecem uma série de prerrogativas à Administração contratante. É necessário rever amplamente essas prerrogativas – que, na maioria das vezes, acabam encarecendo as contratações públicas e permitindo que a Administração formule mal os projetos, as estimativas e os próprios contratos (uma vez que terá a oportunidade de alterá-los futuramente). O ideal seria que a Administração Pública, em cada caso concreto, tivesse a possibilidade de modular previamente à licitação quais prerrogativas seriam aplicáveis àquele futuro contrato, dependendo da complexidade de cada situação. Certos contratos, normalmente mais complexos, podem envolver prerrogativas mais amplas do que outros contratos, mais simples. Por exemplo, não há motivo para se prever exatamente as mesmas prerrogativas em um contrato de concessão de serviço público por 30 anos e um contrato de simples fornecimento de algum bem comum (por exemplo, canetas para a utilização em uma repartição pública).

Comprovação de qualificação técnica (art. 59):

- 1) O parágrafo 3º do art. 59 do PLS prevê que as provas alternativas aceitáveis serão previstas em regulamento. Isso gera alguns problemas, tais como: (a) na ausência de regulamento, pode-se concluir que o dispositivo não será aplicado, o que torna sem efeito a previsão legal; (b)

o regulamento pode engessar a aplicação do dispositivo, sendo que bastaria admitir que a Administração formulasse seus critérios a cada caso, de forma fundamentada.

- 2) O parágrafo 5º estabelece a possibilidade de a Administração exigir experiência na execução de um serviço por até três anos. Não há justificativa técnica para o apontamento dos três anos, necessariamente.

Penalidades:

- 1) O art. 113 excluiu a sanção de “advertência”. Contudo, a advertência é um importante instrumento de sanção. Além disso, no regime atual, outras penalidades podem ser convertidas em advertência, o que não deixa de ser um incentivo à realização de acordos que coloquem fim à conduta irregular. Portanto, entendo que a penalidade de advertência deveria ser restabelecida na versão final da nova lei.
- 2) Um indício que confirma a necessidade de se manter a sanção de advertência é a sua previsão no art. 83 da recente Lei das Estatais (Lei 13.303). Não há motivo para excluí-la da lei que tratará das licitações em geral.

Crimes nas licitações:

- 1) A descrição de certos tipos penais no PLS 559 é bastante imprecisa, o que gera graves problemas em termos de segurança jurídica. Trata-se de um problema já verificado na Lei 8.666, que pode ser resolvido com a nova lei. Os tipos penais descritos no projeto de lei devam ser integralmente revistos.
- 2) Por exemplo, o pretendido art. 337-G estabelece o seguinte: “*Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa*”. O tipo em questão é muito amplo e impreciso. Se uma empresa apresentar proposta em um Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI (ou apresentar espontaneamente uma manifestação de interesse – MIP) e a sua ideia/projeto for objeto de licitação, sendo que o certame ou o contrato posteriormente acabe invalidado pelo Poder Judiciário, a empresa estará, a rigor, sujeita a responder criminalmente com base no art. 337-G. Afinal, ela deu causa à instauração da licitação quando apresentou o seu projeto à Administração Pública. No entanto, é evidente o despropósito disso. O dispositivo, da forma como consta do projeto de lei, gera muita insegurança e pode comprometer particulares de boa-fé, servindo como um grande desincentivo à articulação entre os setores público e privado.

Reabilitação (art. 115):

- 1) A obrigação de ressarcimento de prejuízos (parágrafo 1º do art. 115) é problemática de se aplicar na prática e poderá inviabilizar a figura da reabilitação. O melhor seria estabelecer as condições de reabilitação apenas no ato punitivo, desde que fundamentadas, evidentemente.
- 2) O mesmo dispositivo também estabelece que a reabilitação poderá ocorrer somente após decorrido o prazo da sanção aplicada. É necessário admitir a reabilitação antes do prazo final da sanção, se o licitante penalizado já tiver retomado as condições que demonstrem sua confiabilidade – como ocorre com o instituto do *self-cleaning* (ou autossaneamento) previsto no direito comunitário europeu.¹

Ciclo de vida:

- 1) O projeto de lei poderia incorporar a concepção de “ciclo de vida” presente na Lei das Estatais. O art. 31 da Lei 13.303 estabelece o seguinte: “Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, **inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto**, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo”. A ideia de ciclo de vida significa que a Administração deve estar atenta aos custos de uma contratação ao longo do “ciclo de vida” do produto adquirido. Por vezes, um determinado produto parece economicamente mais vantajoso, por ser mais barato, mas o custo de sua manutenção acaba superando os custos envolvidos na aquisição de um produto mais caro, mas que tem um custo de manutenção mais barato. Essa concepção, evidentemente, não diz respeito apenas às contratações pelas empresas estatais. Toda a Administração Pública deve estar atenta à ideia de “ciclo de vida”, por isso entendo ser interessante incorporar esse conceito ao PLS.

Pagamento ao particular:

¹ Sobre o tema, confira-se: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação no direito brasileiro anticorrupção. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, ano 3, vol. 20, set./out. 2015, p. 13-34.

- 1) O PLS não enfrenta a dificuldade que os particulares muitas vezes têm de receber os valores devidos pela Administração Pública. É essencial ampliar os instrumentos à disposição dos particulares. Caberia a instituição de garantias (como ocorrem nas parcerias público-privadas) e a previsão de sequestro de recursos sempre que não houver pagamento sem justificativa ou no caso de realização de pagamentos em ofensa à ordem cronológica.
- 2) Em relação à ordem cronológica de pagamentos, o PLS poderia ampliar a transparência. O particular até possui condições de saber a ordem cronológica que está sendo seguida, mas poderia haver instrumentos que facilitassem isso, de modo a que exista um controle popular mais efetivo.

Erro de concordância:

- 1) No parágrafo 1º do art. 12 do PLS, a parte final deve ser: “...*desde que devidamente comprovado o ilícito ou utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante*”. Na versão disponibilizada, está escrito “comprovada”.

Informação bibliográfica do texto:

SCHWIND, Rafael Wallbach. Contribuições para o debate sobre o PLS 559 (projeto de nova lei geral de licitações e contratos administrativos). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 117, novembro de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].