



ARTIGO

A NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES

Breve Análise do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013

** Sérgio de Castro Jr.*

APRESENTAÇÃO

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei Geral de Licitações e Contratos, está prestes a completar vinte e um anos de idade.

Embora detentora de diversos méritos, dentre eles, consagrar princípios proclamados pela Carta de 1988, a atual lei de licitações tem sido alvo de duras críticas por parte de seus opositores.

Taxada por alguns de ultrapassada e burocrática, há anos vem sofrendo alterações legislativas, sem que, todavia, seu regime jamais tenha sido profundamente modificado, eis que as mudanças até aqui implementadas, por se afigurarem esparsas e pontuais, não tiveram o condão de repercutir no âmago da sua sistemática.

Informa a Agência Senado¹:

Desde 1993, ano da publicação da Lei 8.666, a legislação voltada para compras públicas no Brasil vem sofrendo mudanças pontuais, por meio de 80 normas, das quais 61 medidas provisórias e 19 leis. Nesses 20 anos de existência, já foram apresentadas mais de 600 propostas de mudanças: 518 na Câmara dos Deputados e 157 do Senado.

¹ <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/12/comissao-aprova-nova-lei-de-licitacoes>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Talvez não se revele procedimento dos mais producentes examinar projetos de lei, seja porque o resultado final pode se afastar da concepção inicial, seja porque, eventualmente, sequer ocorra a conversão do texto em norma; sucede, entretanto, que fortíssimos têm sido os rumores de que, desta vez, a reforma do atual estatuto licitatório efetivamente virá e, ao que tudo indica, por força do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, apresentado em dezembro último pela Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei nº 8.666/1993 e ainda em trâmite perante aquela casa legislativa.

Atrelado ao favorável momento político para a mudança em perspectiva tem-se o fato de que referido Projeto não só modifica a atual lei de licitações, mas a revoga (assim como revoga também a Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002 - Lei do Pregão), o que oportuniza e justifica uma prévia análise, tamanha a repercussão que tais medidas trarão caso venham a se confirmar.

Por tais razões, e sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, que, aliás, certamente demandará estudos mais aprofundados por parte dos especialistas, faz-se a presente análise preliminar do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, procurando focar, inclusive, alguns dos possíveis reflexos nas atividades dos órgãos de controle externo, eis que são aqueles que guardam estreita relação com as contratações públicas.

Assim, com o exclusivo intuito de propiciar uma noção superficial e neófito do que se prenuncia, serão tecidas a seguir considerações que pareceram pertinentes após um primeiro contato com referido texto, o que se fará destacando-se alguns dispositivos do Projeto de Lei seguidos de breves considerações, as quais, propositalmente, buscam restringir-se ao aspecto técnico, deixando ao crivo do leitor o juízo crítico acerca do novo diploma, para que possa avaliar se o mesmo, efetivamente, reveste-se das características necessárias ao tão esperado aprimoramento do processo licitatório e das contratações públicas em âmbito nacional, sobretudo, à luz do interesse público.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

CONHECENDO ALGUNS DISPOSITIVOS DO PROJETO

Art. 1º, caput e § 1º

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos da administração direta e indireta, inclusive as autarquias em regime especial, as agências executivas e reguladoras, os consórcios públicos organizados como associações civis ou públicas e as fundações;

II - os tribunais de contas;

III - os órgãos do Ministério Público e das defensorias;

IV - as empresas públicas e as sociedades de economia mista, excetuadas aquelas abrangidas pelo art. 173, §1º, III, da Constituição Federal;

V - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas entidades indicadas neste artigo.

Ao prever que a Lei estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o artigo inaugural elenca os órgãos e entidades que se subordinam ao seu regime, deixando de mencionar, todavia, os Poderes Judiciário e Legislativo, de tal modo que, da forma como se encontra, de duas uma: ou o Projeto incorreu em grave lapso e, portanto, está a merecer retificação, ou deliberadamente afastou desses dois Poderes o dever de licitar, em franca inobservância à Teoria da Tripartição dos Poderes e ao Sistema de Freios e Contrapesos, abrangidos na Constituição Federal.

Art. 1º, § 3º

§ 3º As entidades regidas pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que recebam recursos públicos orçamentários por disposição de contratos, termo de parceria, convênio ou instrumentos congêneres, podem editar regulamento próprio, observadas as seguintes regras:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

- I - adoção integral dos princípios da licitação definidos nesta Lei;*
- II - aprovação do regulamento pela autoridade máxima da entidade;*
- III - publicação do regulamento em meio de divulgação oficial.*

O dispositivo prevê que Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) poderão editar regulamento próprio para contratações, desde que observados os princípios definidos no Projeto de Lei.

Embora tal prescrição tenha sido anunciada no Relatório Final da Comissão Especial como aspecto inovador, nela não se vislumbra qualquer ineditismo, eis que previsão da espécie já existe nas leis que regulamentam as OSs e OCIPs (art. 3º, VIII, e art. 17, ambos da Lei nº 9.637/1998 e art. 14 da Lei nº 9.790/1999).

Aliás, inovação há, mas noutro sentido: enquanto as atuais leis que regem as OSs e OSCIPs determinam a edição de regulamento próprio para contratação de obras, serviços e compras, o projeto sob análise tão somente faculta essa iniciativa, ao estabelecer que tais entidades “[...] podem editar regulamento próprio [...]” (grifei), flexibilizando, ainda mais, a gestão dessas organizações.

Art. 5º, incisos XIII, XIX, XXVII, XXVIII, XXXI, XXXIV, XLII e XLIII

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

[...]

XIII - concorrência - modalidade de licitação entre quaisquer interessados, conforme dispuser o edital, na qual a disputa é feita por meio de propostas ou propostas e lances em sessão pública, e em que o critério de julgamento seja o de melhor técnica, de técnica e preço ou de maior retorno econômico;

[...]

XIX - empreitada integral - regime de execução para a contratação de um empreendimento em sua integralidade observando-se o seguinte:

[...]

c) preço licitado pelo total, com pagamento parcelado associado a etapas, somente sendo exigido o detalhamento em planilhas pelo contratante se houver rescisão do contrato;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

[...]

XXVII - obra e serviços de engenharia comuns – construção, reforma, recuperação ou ampliação de bem imóvel que possa ser objetivamente definida no instrumento convocatório, com especificações usuais;

XXVIII - obras e serviços de engenharia de grande vulto: aqueles cujo valor estimado seja superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais);

[...]

XXXI - pregão - modalidade de licitação para aquisição de bens, serviços e obras comuns, entre quaisquer interessados ou pré-qualificados, conforme dispuser o edital, na qual a disputa é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, e em que o critério de julgamento seja o de menor preço ou maior desconto;

[...]

XXXIV - projeto completo - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para:

a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;

b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e

c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução.

[...]

XLII - sistema de Registro de Preços – SRP - conjunto de procedimentos para realização, mediante certame na modalidade de pregão, do registro formal de preços relativos à prestação de serviços, obras comuns, aquisição e locação de bens para contratações futuras;

XLIII - sistema de Registro de Preços Permanente – SRPP - é o sistema de registro de preços que permite a atualização anual de preços, a inclusão de novos licitantes e modificações de quantidades e condições do objeto;

Referido dispositivo traz diversas definições, tal como faz o artigo 6º da atual lei de licitações.

Destaca-se o inciso XIII, que, ao conceituar Concorrência, diz tratar-se de modalidade que permite, como critérios de julgamento, a “melhor técnica”, a “técnica e preço”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

e o “maior retorno econômico”, evidenciando, portanto, que não mais comportará o tipo de licitação “menor preço”², passando a admitir, por outro lado, lances em sessão pública, característica até então exclusiva do pregão.

Já no inciso XIX, alínea “c”, a redação adotada para descrever uma das características da empreitada integral deixa dúvida ao prever “[...] *somente sendo exigido o detalhamento em planilhas pelo contratante se houver rescisão do contrato [...]*”, de modo que não se tem como clara a atribuição da incumbência (quem deverá apresentar o documento, a Administração ou o contratado?), além de permitir o entendimento de que a apresentação de referido detalhamento em planilhas não mais se fará obrigatória em outras fases, nos moldes da Lei nº 8.666/93 (artigos 7º, § 2º, II e 40, § 2º, II).

O inciso XXVII traz definição que pode ser considerada inovadora, posto que, ao falar em “obra e serviços de engenharia comuns” (grifei), acaba por ampliar o conceito de “comum”, distanciando-se do até então vigente, prescrito na Lei do Pregão, que se aplica somente a bens e serviços, não se estendendo, portanto, a obras (restrição, aliás, por muitos defendida, sob o argumento de que o mero fato de se tratar de obra de engenharia já emprestaria ao objeto contornos que lhe impedem seja considerado “comum” na acepção jurídica do termo).

O inciso XXVIII, além de majorar consideravelmente o valor de referência para obras e serviços de engenharia de grande vulto (dos atuais R\$ 37,5 milhões previstos no artigo 6º, V, da Lei nº 8.666/93, para os R\$ 100 milhões previstos no projeto), ao definir contratos de “grande vulto”, deixa de contemplar os serviços comuns e as compras, embora estes, eventualmente, também possam atingir referido valor.

² Sobre tal previsão, há proposta de emenda (Emenda nº 24, de autoria do Senador Francisco Dornelles), visando à inclusão do “menor preço” como critério admissível pela Concorrência.



ARTIGO

O inciso XXXI, ao definir pregão, acresce-lhe, ao lado do “menor preço”, o critério de julgamento “maior desconto”, tornando legalmente prevista uma prática que, embora por alguns criticada, já vinha sendo adotada.

O inciso XXXIV introduz o conceito de “projeto completo”, que passa a substituir o atual “projeto básico”; embora a medida seja anunciada pela Comissão de Modernização como importante mudança, sua definição nada mais é que a reprodução do texto já existente na Lei nº 8.666/93, só que agora destrinchado em três alíneas, sendo que a única diferença é que, em sua alínea “a”, o novo texto fala em obra ou serviço “de engenharia”, restrição ausente na Lei nº 8.666/93, o que poderá ensejar dúvida quanto à necessidade de tal projeto para contratação de serviços outros que não de engenharia.

O inciso XLII, ao definir “Sistema de Registro de Preços – SRP”, rompe definitivamente com o conceito até então vigente, eis que deixa de prescrever tal sistemática somente para compras, passando a admiti-la para “[...] prestação de serviços, obras comuns, aquisição e locação de bens para contratações futuras”.

O mesmo ocorre com o inciso XLIII, eis que também se distancia do atual regramento ao estabelecer o sistema de “Registro de Preços Permanente – SRPP”, que permite atualização anual de preços, inclusão de novos licitantes e modificações de quantidades e condições do objeto.

Art. 7º, caput e inciso I

Art. 7º A licitação será conduzida por:

I - pregoeiro, no caso da modalidade pregão;

Ao prever que, no caso da modalidade pregão, a licitação será “conduzida” pelo pregoeiro, o artigo sob análise perde valiosa oportunidade de vedar, categoricamente, prática rotineiramente adotada pelas Administrações, eis que, da forma como se



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

encontra redigido, permite interpretação no sentido de que não só os atos afetos à sessão de recebimento das propostas, mas também a condução da fase preparatória, inclusive a elaboração do edital, seriam atribuições do pregoeiro, o que vai de encontro a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto, os quais objetam a subscrição do instrumento convocatório pelo pregoeiro.

Art. 11, § 1º

Art. 11. Os órgãos de controle levarão em consideração, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela execução.

§ 1º As razões de que trata este artigo poderão ser encaminhadas aos órgãos de controle antes de concluída a etapa de instrução do processo, sem prejuízo de juntadas posteriores de documentos, e deverão acompanhar os autos até seu trânsito em julgado.

Tal dispositivo prevê que os órgãos de controle levarão em consideração, na fiscalização dos atos da Administração, as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis, as quais poderão ser encaminhadas aos órgãos de controle antes de concluída a etapa da instrução processual, “[...] *sem prejuízo de juntadas posteriores de documentos, e deverão acompanhar os autos até seu trânsito em julgado*”.

Não obstante essa expressa previsão, é fato que levar em consideração as razões de defesa é prática que, se não é, já deveria ser amplamente adotada, até porque, independente de prescrição legal, decorre dos constitucionais direitos ao contraditório e à ampla defesa, podendo a nova regra, entretanto, no que toca aos aspectos processuais, conter eventual divergência com as normas legais que cada Tribunal de Contas está obrigado a observar, sobretudo por força de suas respectivas Leis Orgânicas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 12

Art. 12. Na fiscalização de controle serão observados o seguinte:

I - oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que se possa avaliar previamente a relação entre custo e benefício dessas proposições;

II - adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, evitando que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e tratamento dos fatos levantados;

III - nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, seus objetivos estarão definidos pelas finalidades para as quais foi feita a contratação, devendo ainda ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

Tal qual sinalizado na parte final das considerações ao artigo anterior, as prescrições aqui contidas praticamente determinam como devem proceder os órgãos de controle externo no exercício de sua função, o que parece colidir frontalmente com a autonomia constitucionalmente atribuída às Cortes de Contas, conforme artigos 71 e 73 da Carta Magna, que, dentre outras, prevê como competências privativas dos Tribunais a elaboração de seus Regimentos Internos e a organização e funcionamento de seus serviços.

Art. 19, §§ 2º e 3º

Art. 19. [...]

§ 2º As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial particularmente nos casos de obras e serviços de engenharia cujo valor estimado seja de até R\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais) e de compras e de outros serviços, cujo valor estimado seja de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

§ 3º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração Pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

Não parece ser de grandes resultados práticos a previsão contida no § 2º, ao prescrever que as licitações deverão ser realizadas “preferencialmente” sob a forma eletrônica; a expressão em destaque não torna obrigatório referido formato, revelando, portanto, certa inocuidade do dispositivo, havendo nele mesmo, inclusive, expressa autorização para a forma presencial em determinados casos (obras e serviços de engenharia de até R\$ 1,5 milhão e compras e outros serviços de até R\$ 150 mil).

Igualmente, não se vislumbra grande efetividade no teor do § 3º do dispositivo sob análise, ao prever que, nos procedimentos por meio eletrônico, a Administração poderá determinar que os licitantes pratiquem seus atos no formato eletrônico: afinal, qual outro formato caberia?

Art. 24, § 3º

Art. 24. [...]

§ 3º O parecer jurídico que desaprovar edital, no todo ou em parte, poderá ser rejeitado pela autoridade superior em despacho motivado, que poderá se basear em pareceres externos ao órgão da Administração, oportunidade em que esta passa a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, sejam-lhe imputadas.

Ao prever que a autoridade superior, quando rejeitar parecer jurídico que desaprova o edital, será pessoal e exclusivamente responsabilizada pelas irregularidades que lhe forem imputadas, permite, *contrario sensu*, concluir que, caso acolhido parecer jurídico que aprova edital eivado de ilegalidade, ter-se-á responsabilização não só da autoridade superior, mas também do subscritor do referido parecer que avalizou o inadequado instrumento convocatório.

Art. 36



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 36. São modalidades de licitação:

- I - pregão;*
- II - concorrência;*
- III - concurso;*
- IV - leilão.*

Extingue o convite e a tomada de preços, ao prever que são modalidades de licitação somente o pregão, a concorrência, o concurso e o leilão, embora o faça sem a clara definição de cada uma dessas modalidades, tal como faz a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 22, tornando-os conceitos abertos, na medida em que o projeto sob análise revoga as leis que hoje definem tais modalidades.

Art. 41

Art. 41. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

- I - menor preço: quando é declarado vencedor da licitação o proponente que, oferecer o preço mais baixo;*
- II - maior desconto: quando é declarado vencedor da licitação o proponente que apresentar o maior desconto sobre o valor estimado da contratação, conforme estabelecido em edital;*
- III - técnica e preço: quando é declarado vencedor da licitação o autor da proposta de preço que, pelo fator ponderado com a nota técnica, resulte na oferta mais vantajosa para a Administração;*
- IV - maior lance: quando é declarado vencedor o proponente que oferecer a contraprestação pecuniária de maior valor, no caso de leilão;*
- V - maior retorno econômico: quando é declarado vencedor o proponente que oferecer maior economia nas despesas correntes da administração, conforme estabelecido em edital;*
- VI - melhor técnica: quando é declarado vencedor da licitação o proponente que oferecer a melhor proposta técnica.*

Inova ao prever, ao lado do “menor preço”, da “técnica e preço”, da “melhor técnica” e do “maior lance”, o “maior desconto” e o “maior retorno econômico” como critérios de julgamento.

Art. 43, § 2º



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 43. [...]

§ 2º No julgamento pelo critério de técnica e preço, o total de pontos obteníveis pela proposta técnica deverá corresponder a no mínimo 70% do total de pontos obteníveis pelo somatório das propostas técnica e de preço do licitante.

Ao prever o julgamento pelo critério da técnica e preço, estabelece que o total de pontos relativos à proposta técnica será de, no mínimo, 70% do total da pontuação.

Inexistente na Lei nº 8.666/93, tal fixação de percentual mínimo mostra-se passível de crítica, eis que o estabelecimento da proporção na pontuação técnica e de preço é valoração que caberia à Administração, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, tal como a natureza e magnitude do objeto, sempre com vistas a melhor atender ao interesse público envolvido.

Ademais, a fixação desse patamar mínimo (70%) em percentual que pode ser considerado elevado aproxima sobremaneira o critério “técnica e preço” da “melhor técnica”, sobretudo diante da ausência de patamar máximo para o total de pontos relativos à proposta técnica, evidenciando eventual desnecessidade de se manter o critério “melhor técnica”, que, aliás, na prática, raramente é adotado.

Art. 43, § 5º

Art. 43. [...]

§ 5º No caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

O dispositivo prevê que, nos casos de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto deverá incidir *linearmente* sobre os preços de todos os itens orçados.

De início, de se compreender que se está falando de obras e serviços de engenharia *comuns*, tal como definido no art. 5º, inciso XXVII, do projeto sob exame, eis que somente esses admitem como critério de julgamento o “maior desconto”, posto que previsto para o pregão (art. 5º, XXXI); disso decorre, também, que obras e serviços que não sejam *comuns* (portanto, que não admitem pregão) somente serão contratados mediante concorrência do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, eis que para a concorrência, não há previsão de critério de julgamento “menor preço” (art. 5º, XIII).

Especificamente com relação à previsão do indigitado § 5º, de se concluir que os descontos a serem apresentados pelos licitantes não serão livremente calculados para fins de composição do abatimento final sobre o valor global.

Isso porque, ao que parece, para se chegar ao desconto global, o licitante não poderá aplicar diferentes percentuais sobre os diversos itens que compõem a planilha orçamentária, mas, ao contrário, deverá adotar um mesmo percentual para todos, ainda que possa praticar descontos maiores para determinados itens; tal sistemática certamente inviabilizará a obtenção de melhores propostas, pois desconsidera que cada licitante possui diferenciados custos de produção, fornecedores, estoques etc., o que lhes permite apresentar maiores ou menores descontos a depender do item, de modo que exigir que o desconto seja ofertado “linearmente” em todos os itens é solicitar propostas no mínimo fictícias, quando não antieconômicas³.

Art. 47

³ Acerca do assunto, existe proposta de supressão do referido § 5º (Emenda nº 10, de autoria do Senador Romero Jucá).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 47. A habilitação é a fase da licitação em que é verificado o conjunto de informações e documentos necessário e suficiente para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação e divide-se em:

I - jurídica;

II - técnica-profissional

III - técnica-operacional;

IV - fiscal, social e trabalhista; e

V - econômico-financeira.

Além de manter as já existentes, desdobra a habilitação técnica em profissional e operacional, bem como introduz, ao lado da habilitação fiscal e econômica, a social.

Art. 50

Art. 50. A habilitação operacional, que visa a demonstrar aptidão do licitante para realizar o objeto da licitação, é definida no edital e se faz por meio da apresentação de:

I - comprovação de que o licitante realizou, em um único contrato, objeto com características equivalentes ao que a Administração pretende contratar, para o que poderá valer-se de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, ou de documento comprobatório a que se refere o § 3º do art. 32 desta Lei;

Exige, para fins de habilitação profissional, comprovação de que a licitante realizou em um único contrato objeto com características equivalentes ao que a Administração Pretende contratar; tal exigência mostra-se temerária e potencialmente restritiva, além de ir de encontro à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP), que somente admite comprovação mediante contrato único em situações excepcionais e tecnicamente justificadas, onde a especificidade e complexidade do objeto reclamam tal restrição.

Art. 51, § 2º

Art. 51. [...]

§ 2º A Administração, em coordenação com os órgãos de arrecadação, poderá indicar no edital a relação dos tributos dos quais



ARTIGO

se deve fazer prova de quitação como condição para participar do certame, ressalvado o § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

Regra que pode ser considerada elogiável, prevê que a Administração poderá indicar no edital a relação dos tributos dos quais se deve fazer prova de quitação como condição para participar no certame, o que vai ao encontro da jurisprudência do TCESP, que, tal como outras Cortes, há muito sedimentou entendimento de que a prova de regularidade fiscal não incide indiscriminadamente sobre todos os tributos existentes, devendo ater-se àqueles relacionados ao objeto.

Art. 52

Art. 52. A habilitação econômico-financeira, que visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir a obrigação decorrente do futuro contrato, limita-se à exigência, a critério da Administração, de declaração assinada por profissional habilitado da área contábil, atestando que o licitante atende aos índices econômicos previstos no edital, podendo haver diligência para confirmação do fato, quando houver indícios de irregularidade.

Ao tratar da habilitação econômico-financeira, autoriza, como forma de comprovação, apresentação de mera declaração assinada por contador atestando que o licitante atende aos índices econômicos exigidos no edital, os quais deverão ser devidamente justificados no processo da licitação.

A simplificação da habilitação econômico-financeira ainda vai além, pois, embora mantida a possibilidade de se exigir a relação de compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, não mais estão previstas as seguintes exigências: balanços patrimoniais e demonstrações contábeis; certidões negativas de falência ou concordata; garantia para participar na licitação (exceto a “camuflada” exigência contida no art., 90, I - venda de imóveis); e capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo (exceto na hipótese de serviços contínuos, nos termos da também “camuflada” exigência contida no artigo 80, § 2º).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Tal limitação nas exigências de habilitação econômico-financeira mostra-se temerária, na medida em que poderá acarretar ajustes com empresas inaptas a honrar seus compromissos.

Art. 55, parágrafo único

Art. 55. [...]

Parágrafo único. A autoridade máxima da Administração contratante e os Tribunais de Contas devem avaliar, periodicamente, o desempenho dos agentes que, por ação ou omissão, motivem ou autorizem a contratação direta indevida, promovendo a responsabilização, quando verificada irregularidade.

Atribui nova competência aos Tribunais de Contas, ao prever que os mesmos deverão avaliar, periodicamente, o desempenho dos agentes que, por ação ou omissão, motivem ou autorizem contratação direta indevida, promovendo a responsabilização, quando verificada irregularidade; embora a competência para fiscalizar e, eventualmente, responsabilizar tais atos de gestão ilegítima já exista, pois decorre da própria essência do órgão de controle externo tal como delineado pela Constituição, o projeto inova ao prever avaliação periódica, o que muito provavelmente demandará regulamentação interna, de forma a operacionalizar tal procedimento, que, inclusive, poderá refletir no exame das contas anuais.

Art. 56, § 5º

Art. 56. [...]

§ 5º É vedado promover a contratação direta, no caso do inciso IV, para a execução de serviços técnicos profissionais especializados relacionados, direta ou indiretamente, a obras e serviços de engenharia ou arquitetura, ressalvados os casos singulares devidamente motivados e aprovados por consulta prévia ao Tribunal de Contas competente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Traz preocupante previsão, no tocante aos ressalvados “*casos singulares devidamente motivados e aprovados por consulta prévia ao Tribunal de Contas competente*”.

Tal disposição parece se afastar das funções constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas, bem como caminha na contramão da jurisprudência da Corte de Contas Paulista, na medida em que acaba por cometer aos órgãos de controle externo atividade consultiva, típica da iniciativa privada, a qual, à evidência, não se insere dentre suas atribuições.

Art. 57, I e II

Art. 57. É dispensável a licitação:

I - para a contratação de obras e serviços de engenharia, em valor de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas;

II - para a contratação de outros serviços e compras, em valor de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço ou compra de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Majora sobremaneira os limites para dispensa de licitação: dos atuais R\$ 15.000,00 e R\$ 8.000,00 previstos na Lei nº 8.666/93 para obras/serviços de engenharia e compras/outros serviços, para, respectivamente, R\$ 150.000,00 e R\$ 80.000,00.

Art. 57, IV, f

Art. 57. [...]

IV - quando a contratação tiver por objeto:

f) hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Institui nova hipótese de dispensa de licitação: quando a contratação tiver por objeto aquisição de *“hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização do processo licitatório, realizadas diretamente com base no preço do dia”*, previsão essa que poderá ensejar dúvidas quanto a quais gêneros será aplicável (todos?), bem como quanto ao que vem a ser *“tempo necessário”* para a realização do novo certame.

Art. 64

Art. 64. O prazo de vigência da Ata de Registro de Preços será de 1 (um) ano, podendo ser prorrogado por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Parágrafo único. Os contratos decorrentes da Ata de Registro de Preços terão sua vigência conforme as disposições nela contidas.

Legaliza prática até então combatida, no que toca à prorrogação das atas de registro de preço, ao permitir vigência de 1 ano prorrogável por igual período, em dissonância com o previsto no artigo 15, § 3º, III, da Lei nº 8.666/93; de outro lado, dirime celeuma até então existente, no tocante à vigência dos contratos decorrentes de atas de registro de preços: a ata disporá sobre tal aspecto.

Art. 65

Art. 65. A administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:

I - existência de projetos padronizados, sem complexidade técnica e operacional;

II - necessidade permanente ou frequente das obras ou serviços a serem contratados.

Passa a admitir o sistema de registro de preços para obras e serviços de engenharia, desde que de baixa complexidade técnica-operacional e de necessidade permanente da administração.

Art.66, caput e § 1º



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 66. Incumbe ao órgão gerenciador, previamente ao certame de que trata esta Seção, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de contratação.

§ 1º As contratações com base na ata de registro de preços somente poderão ser efetuadas pelos órgãos gerenciador e participantes, salvo em casos devidamente justificados, inclusive quanto a não participação conforme o disposto no caput.

O *caput* regulamenta a adesão prévia à ata de registro de preços por outros órgãos e entidades (“participantes”) que não o promotor do certame (“gerenciador”); já o § 1º, ainda que de forma confusa e, até mesmo, velada, institui o “carona”, ao prever que outros, além do gerenciador e participantes, poderão, “excepcionalmente”, celebrar contratos com base numa determinada ata de registro de preços, caminhando, assim, na contramão de grande parte da doutrina e jurisprudência especializadas.

Referido parágrafo, aliás, reveste-se de certa inocuidade e até mesmo contradição, ao prever, num primeiro momento, que as contratações com base na ata de registro de preços “somente” poderão ser efetuadas pelo órgão gerenciador e por participantes, ao passo que, na sequência, ressalva os “casos devidamente justificados”, o que fragiliza a diretriz principal, sobretudo ante a subjetividade de referida expressão.

Art. 70, § 2º

Art. 70. [...]

§ 2º A Administração poderá, nos termos do instrumento convocatório (sic), oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir amostras no ato do julgamento, para atender a diligência e após o julgamento da proposta, como condição para firmar contrato.

Confuso, o dispositivo autoriza a Administração a, nos termos do edital, “oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir amostras”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Todavia, o faz com eleição de dois momentos para tanto: “no ato do julgamento, para atender a diligência e após o julgamento da proposta, como condição para firmar o contrato”, não se sabendo se esses dois momentos são aplicáveis tanto para o oferecimento do protótipo pela Administração ou somente para a exigência de amostras.

Seja como for, no tocante ao momento eleito para apresentação de amostras (e não propriamente o de sua análise, aspecto objeto do § 3º), ante a adoção da inversão de fases, o projeto, ao permitir que sejam exigidas no ato do julgamento, acaba por estender referida exigência a todos os licitantes, e não somente ao detentor da melhor proposta, o que, a depender do objeto, pode desestimular a ampla participação, na medida em que as proponentes terão que arcar com esse ônus, sem sequer saber se restarão ao final contratadas.

Art. 70, § 4º

§ 4º O edital pode prever carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Ao prever a possibilidade de o edital exigir carta de solidariedade emitida pelo fabricante, o dispositivo coloca-se em aparente colisão com reiterada jurisprudência, consolidada na Súmula nº 15 do TCE/SP, que veda a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Art. 73

Art. 73. As compras sob encomenda observarão as regras das compras em geral e adicionalmente ao seguinte:

I - as condições em que é permitido o pagamento antecipado;

II - acompanhamento da fabricação ou montagem;

III - o dever de indenizar a fabricação ou montagem quando a rescisão do contrato pela Administração, sem culpa da contratada, implicar perda da parte já realizada;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Fala em “compras sob encomenda” e “condições em que é permitido o pagamento antecipado”, aspectos que, numa análise preliminar, parecem colidir com regras basilares do Direito Financeiro, especialmente a prevista no art. 62, da Lei 4.320/64, que só autoriza o pagamento da despesa quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 75, § 5º

Art. 75. [...]

§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto completo aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

Embora não especifique, pela sua localização, provavelmente refere-se a obras e serviços de engenharia.

Art. 76, § 1º e Art. 77

Art. 76. [...]

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos completo e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

[...]

Art. 77. É permitido o uso da modalidade de pregão para a licitação de obras e serviços de engenharia comuns.

Ao menos aparentemente, desnecessárias as previsões aqui contidas, eis que o artigo 76, § 1º, repete a definição de contratação integrada, o que já fora feito no artigo 5º, inciso XVI, ao passo que o teor do artigo 77 já se encontra inserido no conceito de pregão, previsto no artigo 5º, inciso XXXI.

Art. 80, § 1º



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 80. [...]

§ 1º A duração de contratos de serviços contínuos poderá ser dimensionada pelo prazo de até sessenta meses, com repactuação anual da mão-de-obra e reajuste dos demais insumos, quando comprovada a necessidade por meio de índices oficiais, previstos em edital.

Diferentemente da Lei nº 8.666/93 (que estabelece que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, autorizando, tão somente, a prorrogação, limitada a sessenta meses, daqueles a serem executados de forma contínua), o dispositivo sob análise (assim como o art. 97, II) autoriza que a duração de contratos de serviços contínuos seja inicialmente dimensionada pelo prazo de sessenta meses, o que pode conflitar com regras basilares do Direito Financeiro, em especial, art. 167, II, da Constituição Federal.

Art. 83, II

Art. 83. Observadas as disposições da contratação dos serviços em geral e as vedações a terceirização, quanto aos serviços técnicos profissionais especializados:

[...]

II - no caso de serviços jurídicos de contencioso administrativo ou judicial, o prazo da contratação poderá ser estipulado pelo tempo que durar a causa, caso em que a continuidade será previamente auditada, quanto a qualidade, zelo e viabilidade de transição contratual.

Permite, no caso de serviços jurídicos de contencioso administrativo ou judicial, estipulação de prazo contratual “*pelo tempo que durar a causa*”, o que pode repercutir na forma de remuneração e, até mesmo, gerar protelações desnecessárias, contrariando regra do próprio projeto, que em seu artigo 97, § 3º, veda contrato com prazo indeterminado.

Art. 92, § 3º



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 92. Cabe à autoridade competente para homologar a licitação:
I - revogá-la por razões de interesse público, devendo provar no processo que o motivo decorre de fato superveniente, pertinente e suficiente para justificar tal conduta;

II - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre presente ilegalidade insanável, procedendo de ofício ou por provocação de terceiros;

[...]

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se aos casos de contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação.

Referido § 3º estende aos casos de contratação direta (ou seja, aqueles não precedidos de certame) regras que tratam de hipóteses de revogação e anulação da licitação, em aparente dissonância.

Art. 93

Art. 93. A ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato é privativa da própria Administração, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, e sempre que for expedida deverá ser acompanhada de análise de impacto em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público.

Estabelece que a ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato é privativa da própria Administração, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário.

De início, causa estranheza tal previsão, eis que, na conformidade do artigo 71, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, no que toca à sustação do contrato, cabe ao Legislativo exercer tal prerrogativa, restando ao Tribunal de Contas decidir a respeito somente se em 90 dias medidas não forem adotadas.

O dispositivo ainda prevê que a ordem de suspensão sempre que expedida deverá se fazer acompanhar de “análise de impacto em que tenham sido ponderadas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

alternativas consideradas viáveis, com a avaliação do custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público”.

Tal exigência, no que toca à suspensão do certame, distancia-se dos requisitos básicos e suficientes para a concessão da media liminar – *fumus boni iuris e periculum in mora* - apresentando-se com potencial impeditivo ou, ao menos, inibidor, da ação prévia exercida pelos órgãos de controle externo, procedimento que tantos prejuízos tem evitado.

Art. 93, § 1º

Art. 93. [...]

§ 1º A ordem de suspensão cautelar expedida pelo Tribunal de Contas, pela autoridade administrativa ou por órgão do Ministério Público que a requerer em juízo definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - as condições para o prosseguimento da licitação, ou alternativamente, a ordem para anulação da licitação, por vício de legalidade;

Ao regulamentar a ordem de suspensão cautelar do certame, o faz de forma confusa, eis que prevê sua expedição pela própria autoridade administrativa, pelo Tribunal de Contas e, ainda, pelo Ministério Público, embora na sequência adote a expressão “que a requerer em juízo”, dificultando a compreensão por parte do intérprete acerca da exata dimensão da competência que busca atribuir ao *Parquet*.

Além disso, o inciso II do referido parágrafo impõe aos citados órgãos (Administração, Tribunal de Contas e Ministério Público) a definição objetiva da respectiva ordem para anulação da licitação por vício de ilegalidade, medida que, salvo engano, somente caberia à própria Administração e ao Poder Judiciário.

Art. 93, § 2º



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 93. [...]

§ 2º O órgão que receber a ordem de suspensão terá o prazo de trinta dias para:

I - informar o acatamento da determinação, as providências que foram adotadas, inclusive quanto à eventual desmobilização, e, se for o caso, como procederá a apuração de responsabilidade;

II - apresentar recurso à decisão.

Ao mencionar que o órgão que receber a ordem de suspensão terá prazo de 30 dias para informar o acatamento da determinação ou as providências adotadas, ou, ainda, para apresentar recurso da decisão, o dispositivo sob exame interfere visceralmente na regulamentação processual das Cortes de Contas, eis que estas já possuem regras próprias, previstas em leis, via de regra, nas respectivas Leis Orgânicas, que estabelecem prazos e procedimentos específicos, sem falar no juízo de conveniência do Julgador, que, ao menos no âmbito da Corte de Contas Paulista, quando da ordem de suspensão do certame, costuma fixar prazos mais exíguos para a apresentação de justificativas (via de regra, 48 horas), justamente para que não haja prejuízo ao interesse público ante o atraso na conclusão do certame.

Art. 93, § 3º

§ 3º Os editais que forem disponibilizados, previamente à abertura da sessão, por período superior a noventa dias, após notificação expressa ao órgão de controle, não poderão ter as respectivas licitações suspensas por inconformidades do edital.

Prevê que os editais que forem disponibilizados até 90 dias antes da sessão, com notificação expressa ao “órgão de controle”, não poderão ter as respectivas licitações suspensas por eventuais inconformidades.

Em primeiro lugar, a expressão “órgão de controle” é extremamente vaga no contexto sob análise, não permitindo concluir a que órgãos de controle se refere (externo ou interno?); ademais, mesmo o Judiciário pode ser considerado órgão de controle externo em sentido amplo, razão pela qual, da forma como se encontra, o dispositivo mostra-se vago.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

E ainda que se tenha pretendido referir-se exclusivamente aos Tribunais de Contas, o fato é que a prescrição tolhe profundamente o exercício de competências constitucionalmente atribuídas a tais Cortes, que, em última instância, tornar-se-iam prévios avalizadores de atos administrativos, substituindo a atividade técnica (jurídica, sobretudo) inerente aos órgãos públicos, o que vai de encontro a suas incumbências precípua – fiscalizar e responsabilizar – passando a funcionar como meros órgãos consultivos da Administração, em aparente desconformidade com o texto constitucional.

Art. 94, § 2º

Art. 94. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

O dispositivo sob análise ressalta, em suma, as responsabilidades das partes, que, no caso das contratadas, vinculam-se às propostas apresentadas na fase da licitação.

Estabelece o § 2º, no entanto, que os contratos decorrentes de dispensa ou inexigibilidade de licitação devem atender aos termos da respectiva “proposta”; ocorre, todavia, que nesses casos não se tem licitação, portanto, não há proposta, na acepção jurídica do termo, a ser atendida.

Art. 96, §§ 2º e 3º



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

[...]

§ 2º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, a garantia a que se refere o caput deste artigo será de 30%.

§ 3º Nas contratações em que não estiver caracterizado o previsto pelo § 2º, a garantia poderá variar entre 10% e 30%.

Inicialmente, impende destacar que, ao estabelecer percentuais para exigência de garantia, o dispositivo sob análise incorre em falha primária, qual seja, deixa de apontar a base de cálculo sobre a qual incidirão referidos percentuais.

Isto é, sobre qual valor será aplicado o percentual eleito?

Obviamente, de se concluir que o valor referência será o do contrato, seja porque parece ser a conclusão mais lógica, seja porque é o que está previsto no regimento atual, o qual, todavia, prevê de forma expressa que os percentuais a que se refere incidem sobre o valor do contrato (art. 56, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/93).

Tal clareza mostra-se de rigor, sob pena de tornar a previsão vaga e, pior, respaldada em disciplina anterior, a da Lei nº 8.666/93, que, por seu turno, pretende-se revogar com o presente Projeto.

Já no que concerne aos percentuais, a nova regra triplica o atual patamar máximo para contratações de grande vulto, hoje limitado a 10%, bem como eleva, para as demais contratações, os atuais 5% para um intervalo que pode variar entre 10% a 30%, o que, além de se revestir de exacerbado subjetivismo na indicação do percentual a ser eleito, face à sua considerável majoração, pode implicar em restrição a uma ampla participação nos certames.

Art. 100, parágrafo único



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 100. [...]

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 10% do indicado para dispensa para outros serviços e compras, conforme previsto nesta Lei.

Pode-se dizer que a previsão ora em destaque passa a autorizar o contrato verbal com a Administração, independente do regime de adiantamento, no caso de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 10% do indicado para dispensa para outros serviços e compras (ou seja, R\$ 8 mil).

Art. 105, § 8º

Art. 105. [...]

§8º Somente caberá recomposição do equilíbrio contratual em função do acréscimo de custos relacionados à remuneração de mão de obra quando os direitos trabalhistas geradores dos custos decorrerem de normas constitucionais, legais ou infralegais, convenções coletivas ou termos de ajuste de conduta vigentes após a data da entrega das propostas.

Prevê, dentre as hipóteses ensejadoras de reequilíbrio econômico-financeiro, os custos decorrentes de convenção coletiva de trabalho, causa reiteradamente rechaçada pela jurisprudência dos Tribunais de Contas para tal fim.

Art. 111, §§ 1º e 3º

Art. 111. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

[...]



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

§ 3º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Embora pretenda reproduzir a regra constante do art. 71 da Lei nº 8.666/93, o dispositivo sob análise causa confusão ao mencionar, em seu § 1º, que a inadimplência do contratado “*com referência aos encargos estabelecidos neste artigo*” não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento, quando, na verdade, essa regra não se aplica a todos e quaisquer encargos estabelecidos no artigo, mas somente aos trabalhistas, fiscais e comerciais, excetuados os previdenciários, o que se faz no § 3º e, portanto, causa dissonância com a regra do § 1º.

Art. 111, § 2º

Art. 111. [...]

§ 2º A Administração poderá exigir, também, seguro para garantia de pessoas e bens, devendo essa exigência constar do edital da licitação ou do convite.

O artigo, curiosamente, fala em “convite”, quando tal modalidade foi extinta pelo Projeto sob análise, seja porque não se encontra dentre as previstas em seu artigo 36, seja porque o próprio Relatório Final da Comissão responsável pelo Projeto alardeia: “*Entre as modalidades de licitação, profunda modificação é proposta com a extinção das figuras de carta convite e de tomada de preços [...]*”.

Art. 121

Art. 121. A fiscalização da execução dos contratos administrativos caberá ao Tribunal de Contas da respectiva esfera federativa do órgão ou entidade pública contratante, sendo vedada a ingerência de órgão de controle de outra esfera da federação, salvo quando o contrato envolver recursos objeto de transferências orçamentárias voluntárias.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Embora tal regra reafirme a competência fiscalizatória das Cortes de Contas, sobretudo na execução contratual, dificuldades na sua observância poderão advir no tocante aos processos decorrentes do agora legitimado procedimento de “carona”, na hipótese do órgão participante aderir à ata de registro de preços de ente de outra esfera governamental.

Arts. 122, parágrafo único e 123, §§ 1º e 2º

Art. 120. [...]

Parágrafo único. Poderá ser previsto pagamento em conta vinculada, desde que expresse em edital.

[...]

Art. 123. Quando o objeto do contrato for a compra por encomenda ou obra de grande vulto o contrato deverá prever o pagamento ao contratado mediante o depósito em conta vinculada, com rendimentos em favor da Administração.

§ 1º Também deve haver garantia com pagamento em conta vinculada quando:

I - a Administração exigir garantia superior a 10% (dez por cento);

II - o edital estabelecer outras situações que a critério da Administração mereça igual tratamento.

§ 2º A conta será específica a um único contrato, previamente definido, e visará, observada a previsão editalícia, o pagamento:

I - integral do objeto; ou

II - o valor da despesa correspondente ao exercício financeiro, vinculada apenas à execução satisfatória e ao recebimento parcial da etapa ou definitivo do objeto.

Referidos dispositivos estabelecem sistemática onde, em certas hipóteses, o pagamento a ser realizado pela Administração em favor do contratado deverá ser feito “mediante depósito em conta vinculada”, sem que, todavia, haja explicitação, ao menos minimamente orientadora, da forma como se realizará tal procedimento.

Art. 125

Art. 125. O atraso de pagamento ou a violação da ordem cronológica implicam a irregularidade das contas dos gestores responsáveis, sem



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

prejuízo de outras sanções, e a retenção abusiva de pagamento implica ato de improbidade administrativa.

Ao prever que o atraso de pagamento ou violação de ordem cronológica implica, indistintamente, a irregularidade das contas, o dispositivo, além de não deixar claro a que “contas” se refere (anuais?), pode acabar por imiscuir-se nas competências e no juízo de convicção do Julgador, na medida em que a este incumbe avaliar a natureza e a gravidade das falhas verificadas, bem assim sua repercussão no contexto da totalidade das contas para fins de emissão de juízo de irregularidade.

Art. 126

Art. 126. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Prevê a possibilidade de “remuneração variável”, sistemática trazida pela lei que trata do RDC, mas de conceito ainda aberto e aparentemente indefinido.

Art. 126, § 3º

Art. 126. [...]

§ 3º A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

Ao estabelecer que a utilização da remuneração variável respeitará, tão somente, o orçamento da Administração, permite concluir que, observado esse limite, poderão ser efetuados pagamentos ao contratado em valores superiores ao por ele próprio avençado, o que não parece se compatibilizar com os princípios regedores da Administração Pública.

Art. 128



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 128. Os prazos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório, serão os seguintes:

I - para aquisição de bens:

a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 30 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) acima de 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 15 (dias) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: nunca inferior a 45 (quarenta e cinco) dias úteis.

V - nas licitações em que houver regime de contratação integrada: nunca inferior a 60 (sessenta) dias úteis.

§ 1º A publicidade a que se refere este Capítulo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante divulgação em sítio eletrônico oficial de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório, com publicação de resumo do objeto publicado nos seguintes meios:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

Aqui o Projeto altera os prazos para apresentação das propostas, que passam a ser regulamentados não em razão da modalidade, mas sim em função da natureza do objeto combinada com o critério de julgamento, bem como introduz, ao lado da publicação no Diário Oficial, a obrigatoriedade de divulgação em sítio eletrônico oficial, deixando, por outro lado, de prever a publicação em jornal de grande circulação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 130, § 3º

§ 3º Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública não fazer acompanhar o relatório de auditoria ou inspeção a versão do acusado ou por qualquer modo impedir ou dificultar os meios de defesa ou recurso.

Além de criar uma nova hipótese de improbidade administrativa, cujo regulamento encontra-se previsto na Lei nº 8.429/92, o dispositivo em foco presta um grande desserviço à ação do controle externo, ao alçar ao *status* de improbidade procedimento inerente aos atos de fiscalização.

Isso porque, conforme é sabido, aos agentes da fiscalização pertencentes aos órgãos de controle externo não é conferido poder de decisão, de modo que a eles tão somente compete, por ocasião das inspeções que realizam, detectar ocorrências que possam apresentar indícios de ilegalidade, agindo segundo técnicas de auditoria previamente estabelecidas em manuais e mediante metodologias específicas, para, só então, encaminhar seus achados à autoridade competente, Ministro ou Conselheiro de Contas, que é quem analisará aquele relato e acolherá ou não os apontamentos lançados.

Não há, portanto, que se falar em impedimento de defesa ou recurso do “acusado” na fase ainda preliminar da inspeção, o que, aliás, causaria grandes prejuízos para os trabalhos de auditoria, que certamente seriam cerceados no seu mister investigativo, tornando-os limitados, quando não inócuos, pois certamente frustrados, caso o fiscalizado tivesse irrestrita ciência do quanto está sendo apurado a seu respeito pelo agente fiscalizador.

Evidente que contraditório e ampla defesa, direitos que certamente pretenderam-se tutelar com o dispositivo sob análise, merecem observância, porém, não na fase da fiscalização ou elaboração do relatório de auditoria, mas sim por ocasião da instrução para fins de julgamento da matéria, onde, só então, a autoridade competente (Julgador de Contas), deverá



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

resguardar aqueles mandamento constitucionais, em homenagem ao devido processo legal e a todas as demais garantias aplicáveis à espécie.

Art. 132

Art. 132. São penalidades administrativas:

I - advertência escrita;

II - multa;

III - suspensão para contratar com a Administração;

IV - declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública.

§ 1º O particular pode ser punido com as sanções previstas neste artigo quando:

I - tendo declarado que preenche as condições de habilitação, deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

II - sendo vencedor de processo de seleção, se recusar injustificadamente a assinar, aceitar ou retirar o contrato ou o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, hipóteses em que se caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida.

III - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

IV - quando contratado, deixar de cumprir obrigações impostas no contrato ou cumpri-las irregularmente;

V - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

VI - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VII - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal;

VIII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

IX - deixar de cumprir com os deveres definidos nesta Lei;

X - agir de má-fé, violando deveres impostos em regulamento, edital ou contrato, ou abusando dos direitos.

O presente dispositivo mantém as mesmas penas previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93 (advertência, multa, suspensão e declaração de inidoneidade), com a complementação expressa de que a advertência passa a ser “escrita”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

O § 1º, em seus incisos I a X, traz as hipóteses que permitem acionar referidas sanções; não traz, todavia, a indicação de qual a sanção cabível para cada hipótese.

Essa é uma impropriedade já verificada na Lei nº 8.666/93 e que se esperava ver corrigida na nova norma.

Trata-se de falha grave, porque, embora regulamente sanções, não observa preceito basilar do Direito Penal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina; *mutatis mutandis*, a norma só poderia estabelecer sanção, ainda que administrativa, caso previsse especificamente a conduta que lhe é ensejadora.

Do modo como se encontra, corre-se o risco de, como sói acontecer, uma mesmíssima conduta ensejar penas absolutamente distintas, posto que aplicadas no âmbito de diferentes Administrações.

Tal falta de delimitação estaria a possibilitar, por exemplo, que um atraso de 5 (cinco) dias na entrega do bem licitado enseje, numa dada Administração, pena de advertência, enquanto noutra, pena de suspensão ou, quiçá, declaração de inidoneidade. Tal desproporção na dosimetria da pena torna a norma por demais aberta, acabando por conferir aos regulamentos próprios delimitação que cabia ao legislador fixar.

Art. 134

Art. 134. São competentes para aplicar as sanções previstas nesta Lei:

I - advertência:

a) o responsável pela licitação;

b) após assinado o contrato, o gestor do contrato ou, não tendo sido esse designado, a autoridade signatária do contrato.

II - multa e suspensão para contratar com a Administração, a autoridade imediata e hierarquicamente abaixo da autoridade máxima;

III - declaração de inidoneidade, para licitar e contratar com a Administração Pública, a autoridade máxima do órgão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Ao estabelecer as competências para aplicação das sanções, o presente artigo prevê que a declaração de inidoneidade é de competência exclusiva da autoridade máxima do órgão, mostrando-se tal disciplina mais restrita que a da Lei nº 8.666/93, que confere tal prerrogativa aos Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, de modo que, de acordo com a nova redação, conclui-se que somente poderão aplicar a declaração de inidoneidade o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais, excluídos Ministros e Secretários, acarretando provável diminuição na cominação dessa pena.

Art. 135, §§ 2º e 3º

Art. 135. [...]

§ 2º Quando o valor da multa não puder ser satisfeito na forma deste artigo e for antieconômica a cobrança, pode ser dispensado o processo de execução, ficando o fato anotado no Cadastro Nacional de Inadimplentes e Punidos.

§ 3º Considera-se antieconômica a cobrança de valor inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Ao disciplinar a aplicação da pena de multa, em seus §§ 2º e 3º, o dispositivo enfocado autoriza a dispensa do processo de execução da multa não paga, quando a cobrança afigurar-se “antieconômica”, assim entendida a de valor inferior a R\$ 20.000,00, o que, à evidência, além de adentrar à seara da discricionariedade administrativa, tende a tornar inócuas as sanções arbitradas em valores abaixo desse patamar.

Art. 135, §§ 5º e 6º

Art. 135. [...]

§ 5º O mesmo valor percentual de multa pelo atraso por parte do contratado, na execução do objeto, será também imposto à Administração nos pagamentos devidos e realizados em mora.

§ 6º A reciprocidade estabelecida no §5º independe de previsão no edital ou no contrato.

OS parágrafos acima transcritos contemplam regra prejudicial à Administração e bastante vantajosa para os particulares, na medida em que impõe que a mesma



ARTIGO

multa prevista para o contratado, no caso de atrasos na execução do objeto, será devida pela Administração, na hipótese de atraso de pagamento, recíproca essa que independe de previsão contratual.

E, diferentemente da Lei nº 8.666/93, não mais prevê possibilidade de cumulação da pena de multa com as demais sanções.

Art. 136, III

Art. 136. As penalidades de suspensão para contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública restringem o exercício de direitos dos particulares e, a partir da ciência por esses, geram os seguintes efeitos imediatos:

[...]

III - após a assinatura do termo de contrato, sua rescisão imediata ou sua manutenção até a conclusão de novo processo licitatório, ou ainda até que seja concluído o objeto nas hipóteses de execução já avançada.

Permite a rescisão imediata do contrato caso o contratado venha a ser apenado com suspensão de contratar ou declaração de inidoneidade, ressalvada a possibilidade de manutenção do ajuste até a conclusão de novo processo licitatório, bem assim nas hipóteses de execução já avançada, sem, todavia, fixar prazo máximo para a conclusão do novo certame ou definir o que vem a ser execução “já avançada”.

Art. 136, §§ 1º e 2º

Art. 136. [...]

§ 1º A suspensão para contratar com a Administração tem prazo máximo de dois anos e efeitos restritos:

I - ao âmbito da pessoa jurídica na qual se insere o órgão da Administração que aplicou a penalidade; e

II - à pessoa jurídica punida.

§ 2º A declaração de inidoneidade tem prazo máximo de cinco anos e efeitos:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

I - no âmbito de todos os órgãos públicos, inclusive concessionários e permissionários;

II - estendido às:

a) pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica que firmou o contrato ou participou da licitação, exceto os sócios cotistas minoritários que não participem da administração da empresa;

b) pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior;

c) pessoas jurídicas constituídas pelos sócios da empresa declarada inidônea.

III - nas subcontratações promovidas pelos contratados da Administração.

Acaba com a grande celeuma até então existente acerca do alcance das penas de suspensão e declaração de inidoneidade, ao prescrever expressamente que a primeira tem seus efeitos restritos ao âmbito da pessoa jurídica na qual se insere o órgão da Administração que aplicou a penalidade, ao passo que a segunda se estende a todos os órgãos públicos.

Vale destacar que, com relação à declaração de inidoneidade, a pena passa a se estender às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica apenas (exceto sócios minoritários que não participem da administração da empresa).

Da mesma forma, a declaração de inidoneidade atinge as pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com a empresa apenas e, ainda, às pessoas jurídicas constituídas pelos sócios da empresa declarada inidônea, além de repercutir nas subcontratações promovidas pelos contratados pela Administração.

Disso decorre que o projeto acabou por prestigiar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que estende aos dirigentes a inidoneidade atribuída a suas empresas, de modo que não mais poderão se valer de outra empresa que possuam, ou até mesmo criar uma nova, para contratar com o poder público, vez que alcançados pela sanção.

Art. 137, caput e § 1º



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 137. O Tribunal de Contas da União, em coordenação com todos os tribunais de contas, coordenará a implantação e manutenção do Cadastro Nacional de Inadimplentes e Punidos – CADIP.

§ 1º As autoridades que aplicarem penalidades previstas nesta Lei deverão informá-las aos respectivos tribunais de contas, sob pena de ressalvas no julgamento das contas anuais e multa.

Prevê que o TCU, juntamente com os demais Tribunais de Contas, implantará um Cadastro Nacional de Inadimplentes e Punidos – CADIP, o que permitirá que empresas apenadas sejam mais facilmente detectadas pela Administração contratante, ainda que a ocorrência não tenha sido declarada pela licitante, havendo, inclusive, previsão de reflexos nas contas anuais e multa aos responsáveis que deixarem de comunicar à Corte de Contas competente a aplicação de penalidade.

Art. 139

Um dos poucos dispositivos do projeto que efetivamente fortalece o órgão de controle externo, confere também aos Tribunais de Contas competência para aplicar as sanções de suspensão e de declaração de inidoneidade.

Embora positiva, a previsão já se encontra prevista em algumas normas esparsas, como é o caso do artigo 108 da Lei Complementar Estadual nº 709/93 (Lei Orgânica do TCESP).

Art. 141

Art. 141. São crimes contra o dever de licitar:

I - promover a contratação direta sem licitação fora das hipóteses previstas em lei;

II - contrair obrigação sem a formalização da licitação ou da contratação direta, ressalvada a situação emergencial em que o tempo da formalização seja incompatível com o dever de atender a situação urgente.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.



ARTIGO

O Projeto sob análise, em seus artigos 140 a 148, dispõe sobre as infrações penais, valendo destacar que nos casos de contratação direta fora das hipóteses legais, houve sensível abrandamento da pena, que, de 3 a 5 anos e multa, prevista no art. 89 da Lei nº 8.666/93, passou para 6 meses a 1 ano e multa, conforme se verifica no art. 141, inciso II, acima transcrito, consubstanciando-se na pena mais reduzida dentre todas as previstas no projeto.

Art. 149

Art. 149. É admitida a reabilitação integral ou parcial do licitante ou contratado, em todas as penalidades aplicadas, sempre que o envolvido:

I - ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes, promovendo a reparação integral; e

II - cumprir as condições de reabilitação definidas no ato punitivo.

§ 1º Em razão da gravidade dos fatos, a Administração pode conceder a reabilitação parcial, reduzindo o prazo dos efeitos da suspensão para contratar com a Administração ou da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública pela metade.

§ 2º As condições de reabilitação serão definidas no próprio ato punitivo ou, caso omissis, a requerimento do interessado.

Ao tratar da reabilitação, o artigo em testilha introduz regra confusa: o *caput* admite reabilitação integral ou parcial do apenado, em todas as penalidades aplicadas, ao passo que o § 1º prevê que, em razão da gravidade dos fatos, a reabilitação parcial poderá ser concedida, reduzindo-se pela metade o prazo das penas de suspensão ou de declaração de inidoneidade, nada mencionando acerca das demais sanções.

Chama atenção, também, a disciplina prevista no § 2º, que, ao prever que, uma vez inexistentes, as condições da reabilitação serão definidas a requerimento do interessado, admite ato punitivo omissis no tocante à tão relevante aspecto.

Art. 150



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Art. 150. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, observado o art. 148 desta Lei.

§ 2º Ressalvado o disposto no § 3º, art. 93 desta Lei, os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

§ 3º A representação de que trata o § 1º deste artigo observará, sempre, o interesse público, não se conhecendo daquela que vise o atendimento de interesses particulares.

Embora reafirme a competência dos Tribunais de Contas para receber representações, bem assim solicitar, para exame prévio, editais de licitação, o faz ressalvando a hipótese prevista no § 3º do artigo 93 (aquela que praticamente blinda editais previamente submetidos aos Tribunais de Contas em prazo superior a 90 dias), o que, à evidência, enfraquece sobremaneira a atuação do órgão de controle externo por excelência.

CONCLUSÃO

À luz das singelas observações ora lançadas, já é possível verificar que não são poucas as mudanças trazidas pelo novo regramento que se encontra em vias de aprovação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP - PABX: 3292-3266



ARTIGO

Independente das eventuais alterações que o texto examinado possa vir a sofrer em virtude das emendas até agora apresentadas, o fato é que, ao que parece, sua “espinha dorsal” não se afastará muito do quanto aqui analisado, valendo este ensaio, ao menos, como um primeiro contato entre o provável novel diploma e os operadores do direito que têm na norma disciplinadora das licitações e contratos sua ferramenta de trabalho.

Que as considerações aqui lançadas, de índole eminentemente pessoal, é bom que se diga, caso pertinentes, possam encorajar aqueles que delas compartilhem a buscar o aperfeiçoamento do texto que se pretende o futuro estatuto licitatório nacional. Ainda há tempo para mudanças.

*** Sérgio de Castro Jr. é Assessor Técnico - Procurador do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**