

CAPÍTULO 28

O FUTURO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES E O PROJETO DE LEI N. 6.814/2017

LICURGO MOURÃO

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP), com extensões universitárias na Hong Kong University, na California Western School of Law, na Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne e na The George Washington University. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-graduado em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Conselheiro substituto do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG).

RITA CHIÓ SERRA

Advogada, mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, professora de Controles Democráticos e Despesa Pública da Escola de Contas do TCEMG. Coautora do livro Tribunal de contas democrático. Ex-presidente da Comissão de Licitação e ex-pregoeira oficial do TCEMG.

SÍLVIA MOTTA PIANCASTELLI

Advogada, formada em Administração de Empresas, coautora do livro Controle democrático da administração pública. Servidora no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

Originalmente conhecido como Projeto de Lei do Senado n. 559/2013, o Projeto de Lei 6.814/2017 está em debate na Câmara dos Deputados desde 2016. Prevê normas gerais para as licitações e contratações da Administração Pública e, se aprovado, revogará as Leis n. 8.666/1993 e 10.520/2002, bem como dispositivos da Lei n. 12.462/2011.

Apresenta, dentre outras inovações: (i) nova modalidade de licitação, denominada *diálogo competitivo*; (ii) a criação do *agente de licitação* como hipótese alternativa à comissão de licitação; e (iii) a exigência do *projeto completo* em substituição aos atuais projetos básico e executivo.

1 O ATUAL SISTEMA DE AQUISIÇÕES E CONTRATAÇÕES DO SETOR PÚBLICO

A Lei n. 8.666/1993 completa 25 anos em 2018, e sua trajetória evidencia a necessidade de aperfeiçoamentos, como maior transparência nas contratações públicas, evitando-se a opacidade¹ típica das instâncias de autoritarismo; a criação de mecanismos capazes de evitar ou minimizar possíveis vulnerabilidades decorrentes da captura do público pelo privado, por meio de esquemas ilícitos² e, ainda, a inclusão de instrumentos visando a assegurar a qualidade dos serviços públicos, no atual cenário de Tecnologia da Informação e Comunicação (TICs).

Para France,³ além da questão da transparência das informações públicas referentes aos certames e contratações, faz-se necessário assegurar que os dados sejam abertos. O Decreto n. 8.777/2016 define-os como sendo

[...] dados acessíveis ao público, representados em meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob

1. SCHEDLER, Andreas. The Menu of Manipulation. *Journal of Democracy*. Washington DC: Johns Hopkins University Press, 2002. v. 13, p. 36-50. O termo opacidade deve ser entendido conforme conceito estabelecido por Schedler, em contraposição a transparência. Caracteriza as instâncias de autoritarismo incrustadas em ambiente democrático, atuando em seu desfavor.
2. SERRA, Rita C. C.; CARVALHO, João R. C. S. Transparência e prestação de contas como paradigmas indiciários dos aspectos democráticos e éticos nos governos hodiernos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL GOVERNO, GESTÃO E PROFISSONALIZAÇÃO EM ÂMBITO LOCAL FRENTE AOS GRANDES DESAFIOS DE NOSSO TEMPO, 4, 2013, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2013. Disponível em: <www.fjp.mg.gov.br/>. Acesso em: 28 fev. 2015.
3. FRANCE, Guilherme. *Como prevenir a corrupção nas contratações públicas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-prevenir-a-corrupcao-nas-contratacoes-publicas-03052018>. Acesso em: 20 ago. 2018.

licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou cruzamento, limitando-se a creditar a autoria ou a fonte.⁴

Essa abertura é relevante porque favorece o melhor aproveitamento de ferramentais tecnológicos, facilitando o controle, especialmente o social e o externo (Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas) pelo cruzamento e comparação de dados.

O uso de tais ferramentais contribui para que a licitação se consolide, atingindo seu objetivo maior: o atendimento do interesse público com a máxima eficiência, tendo em vista que o combate à corrupção no setor público deve considerar em seu raio de ação o sistema de compras e contratações, por sua localização no fluxo das despesas públicas.

A atual Lei de Licitações e Contratos, Lei n. 8.666/1993, com todas suas emendas e modificações, não contém apenas normas gerais, como denotava em sua origem, mas tece minudências, detalhamentos e regras específicas, as quais, muitas vezes, não se ajustam à realidade dos Municípios e Estados brasileiros. Nesse cenário, o atual sistema de aquisições e contratações do setor público, desde a criação do pregão em 2002, clamava por atualização.

A complexidade da ambiência das licitações e contratações exige a observância dos princípios científicos no campo da Administração Pública, da Contabilidade, da Economia e do Direito Administrativo, repercutindo, assim, em sua praxe procedimental. É recomendável que o sistema tenha planejamento e controles reforçados, de modo a evitar repactuações e aditivos, tendo em vista que, por vezes, trata-se de alto investimento de recursos públicos, devendo-se resguardar a flexibilidade necessária para o relacionamento otimizado com as leis de mercado. Para tanto, é preciso cuidar do planejamento, estabelecer claramente as regras da execução, possibilitando, assim, o controle durante todo o fluxo dos procedimentos.

Da leitura do PL n. 6.814/2017, percebe-se o reconhecimento de tais premissas, o que representa um avanço, ao menos em tese, para uma licitação bem-sucedida.

A partir do texto legal, é possível vislumbrar os elementos norteadores da legislação nos novos moldes. São eles: (i) planejamento; (ii) execução orientada; (iii) responsabilização; (iv) inovações; e (v) controle.

Pensamos que, na nova legislação que cuidará do sistema de compras e contratações no setor público, deveriam ser considerados os fatores

4. BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 8.777, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm>. Acesso em: 27 ago. 2018.

integridade e *compliance*,⁵ tanto do setor público quanto das empresas. Seria também desejável que no PL n. 6.814/2017 houvesse uma conexão direta com a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).⁶ Sob esse aspecto, o capítulo II-B, que cuida dos crimes em licitações e contratos administrativos, precisa de maior objetividade para que não comprometa a lisura dos procedimentos.

2 O REFORÇO DO PLANEJAMENTO NO PL N. 6.814/2017

A licitação é imperativa para a Administração Pública. A tônica da atual Lei n. 8.666/1993 e todo o seu procedimental exige dos usuários – administração e administrados – destreza em sua compreensão, pautando-se, pelo menos em tese, pelos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e razoabilidade, apenas para citar os principais, de modo a promover a competição saudável e chegar à proposta mais vantajosa para a Administração. Da leitura do PL n. 6.814/2017 percebe-se maior atenção ao fator planejamento, possivelmente como uma tentativa de se evitarem futuras surpresas nas contratações.

A palavra *planejamento* aparece em diversos artigos do Projeto (art. 5º, XVI, ‘a’, art. 10, VII; art. 16, *caput*; art. 36, *caput*, e art. 67, III, ‘a’); porém, da leitura do art. 4º do PL, onde encontram-se elencados os princípios, ele não está presente, o que, a nosso ver, constitui um equívoco:

Art. 4º Na aplicação desta Lei serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade administrativa, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da eficácia, da motivação, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e da sustentabilidade.

Em reforço à importância do planejamento, constata-se no texto do PL n. 6.814/2017,⁷ especialmente no que tange à ampliação da fase preparatória, a exigência do Termo de Referência, do Catálogo de Padronização das Compras e do Projeto Completo, em substituição aos atuais projetos básico e executivo. Destaca-se, ainda, a nova modalidade

5. To comply, em inglês, significa estar de acordo com as regras. O conceito de compliance abrange as políticas, legislações, controles internos e externos que as organizações precisam seguir.

6. A Lei Anticorrupção dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, prevendo-se também a hipótese em relação às pessoas físicas, quando em transação com o Estado, por meio de licitação ou contratação.

7. Art. 5º, inciso XVI, ‘a’; art. 10, inciso VII; art. 16, *caput*; art. 36, *caput*; e art. 67, inciso III, ‘a’, todos do PL n. 6.814/2017.

licitatória Diálogo Competitivo, o Contrato de Eficiência e a possibilidade de inserção da variável Matriz de Risco em contratações vultosas.

A fase preparatória aborda considerações técnicas, mercadológicas e de gestão, capazes de interferir na contratação, compreendendo, nos termos do art. 16 e seus incisos, os seguintes requisitos técnicos: (i) descrição da necessidade de interesse público; (ii) definição do objeto para atendimento da demanda; (iii) definição das condições de execução, pagamento e garantias; (iv) orçamento estimado com base na realidade; (v) edital de licitação; (vi) minuta de contrato; (vii) regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços e de execução de obras; (viii) motivação circunstanciada das condições editalícias; e (ix) motivação referente ao momento da divulgação do orçamento.

Nos termos do inciso VII do art. 10, “os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente público deverão elaborar planos de compras anuais, com o objetivo de racionalizar as compras públicas entre os diferentes órgãos e entidades sob sua competência”, considerando as condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; o processamento por meio de sistema de registro de preços; a determinação das quantidades a serem adquiridas em função de prováveis consumo e utilização; as condições de guarda e armazenamento, além do atendimento aos princípios da padronização, parcelamento e responsabilidade fiscal. Para tanto, o PL n. 6.814/2017, no inciso XLIX de seu art. 5º e no inciso II de seu art. 17, determina a criação do Catálogo Eletrônico de Padronização de Compras, Serviços e Obras, que servirá de base para indicação dos produtos e definição do objeto nos Termos de Referência.⁸

Compete aos órgãos da administração responsáveis pela aquisição de materiais, obras e serviços, licitações e contratos a criação do Catálogo Eletrônico de Compras, que, nos termos estabelecidos no inciso XLIX do art. 5º, constitui “sistema informatizado, de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para licitação.”

Peça de destaque no procedimento licitatório, o Termo de Referência será obrigatório nos termos do mencionado Projeto de Lei, estabelecendo os parâmetros: a) definição do objeto; b) fundamentação da contratação; c) forma e critérios de seleção do fornecedor; d) modelos de execução do objeto e de gestão do contrato; e) estimativas de preços; e f) adequação

8. Termo de Referência é o documento necessário para a contratação de bens e serviços, que estabelece parâmetros para a contratação. Seu conceito está no inciso XXI do art. 5º do PL n. 6.814/2017.

orçamentária – devendo conter, ainda, as informações descritas nos incisos I a VI do § 1º do art. 36, a saber: a indicação do produto; a definição das unidades e quantidades a serem adquiridas; os locais de entrega dos produtos; as regras para recebimento provisório e definitivo; as condições de manutenção, assistência técnica e garantias, bem como o detalhamento suficiente para a elaboração da proposta correta.

Observa-se que o planejamento no PL n. 6.814/2017 foi considerado como vetor de orientação para o certame, inclusive no que tange à exigência do projeto completo que, nos termos do inciso XXIII do art. 5º, dispõe:

[...] conjunto de elementos necessários e suficientes, **com nível de precisão adequado**, para caracterizar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. (Grifos nossos)

O citado dispositivo apresenta ainda o rol de requisitos essenciais, apresentados no Quadro a seguir:

Quadro 1 – Requisitos do Projeto Completo (art. 5º, inciso XXIII, alíneas “a” a “f”)

Número	Requisitos	Objetivo
1	Desenvolvimento da solução escolhida.	Fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos.
2	Soluções técnicas globais e localizadas.	Minimizar a necessidade de reformulação e variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem.
3	Identificar os tipos de serviços a executar e equipamentos a serem incorporados.	Assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto.
4	Informações essenciais ao estudo e métodos construtivos.	Garantir o caráter competitivo.
5	Subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra.	Conferir clareza à programação, estratégia de suprimentos e normas de fiscalização.
6	Orçamento detalhado do custo global da obra.	Evitar aditamentos, jogo de planilha, sobrepreço e superfaturamento.

Fonte: Elaboração dos autores.

3 INOVAÇÕES NO PROJETO DE LEI N. 6.814/2017

3.1 O DIÁLOGO COMPETITIVO

O PL n. 6.814/2017 extingue a modalidade de tomada de preços e estabelece, no art. 25, as modalidades licitatórias: concorrência, convite, concurso, leilão, pregão e o denominado diálogo competitivo, detalhado no art. 29.

Inspirado no regulamento de compras públicas da Comunidade Econômica Europeia, o diálogo competitivo deverá ser utilizado nos casos em que a especificação dos produtos/serviços finais a serem adquiridos não possa ser desenvolvida previamente. Inobstante o texto do PL n. 6.814/2017 não mencionar os termos *compliance* e integridade, a aplicação desses conceitos é essencial para que o diálogo competitivo seja bem utilizado, sendo que o § 2º do art. 29 prevê ainda um termo de confidencialidade.⁹ Essa modalidade será restrita a contratações que envolvam objetos referentes a inovação tecnológica ou **técnica**.

Nos termos do inciso XLI do art. 5º, o diálogo competitivo é

[...] modalidade de licitação em que a Administração Pública realiza **diálogos** com **licitantes previamente selecionados** com o intuito de **desenvolver uma ou mais alternativas** capazes de **atender às suas necessidades**, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo. (Grifos nossos)

No diálogo competitivo, destacam-se ainda as seguintes características:

- (i) A Administração pode solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência entre as propostas;
- (ii) A Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios a serem divulgados a todos os licitantes no momento da abertura do prazo para apresentação de propostas finais;

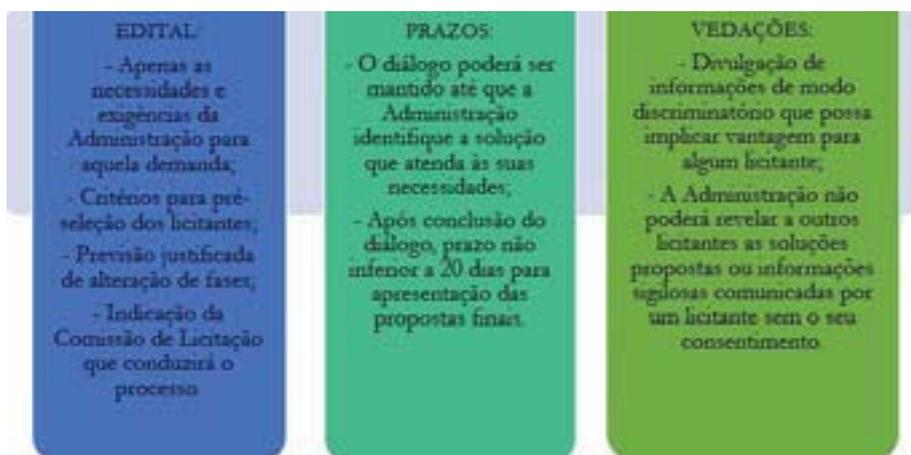
(iii) Órgãos de controle poderão acompanhar e monitorar os diálogos *just in time*; e

9. Nos termos do § 2º do art. 29: “Os profissionais contratados para os fins do inciso X do § 1º assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.”

(iv) Será conduzido por banca composta de pelo menos 3 (três) servidores ou empregados públicos efetivos, admitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico da banca.

Considerando-se o edital, prazos e vedações, pode-se sintetizar o diálogo competitivo conforme abaixo:

Figura 1 – Dimensões do Diálogo Competitivo (§1º do art. 29 do PL n. 6.814/2017)



Fonte: Elaboração dos autores.

Somos céticos quanto à efetividade de tal modalidade licitatória, no atual cenário brasileiro, em que a integridade e o atendimento ao interesse público têm dado lugar a práticas corruptas.

Maria Cecília Mendes Borges¹⁰ teoriza quanto à dificuldade nas mudanças de paradigma, em artigo sobre a licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público, ao observar:

[...] Não se pode negar que, na área das licitações, existe muita manipulação e corrupção, cuja solução, todavia, não se encontra no extermínio ou flexibilização do instituto. A licitação não é um procedimento necessariamente lento, complicado, burocratizado, puramente formal e sem resultados práticos, pois não deve se confundir a licitação com a patologia da licitação, com o mau uso que dela se tem feito.

[...]

Na realidade brasileira, a grande questão é que o relacionamento entre a administração e os particulares e a

10. BORGES, Maria Cecília Mendes. Da licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público: o problema do formalismo exacerbado na frustração desse fim e a importância da participação popular para implementar a efetividade do seu controle. Revista do TCU, Brasília, ano 35, n. 105, p. 91-100, jul./set. 2005.

noção do público são distorcidas [...]

Carlos Pinto Coelho Motta e Jorge Ulysses Jacoby Fernandes¹¹ clamam por **responsividade**, com a mudança que transcenda o papel e o alto índice de formalismo e se torne comportamental, efetiva, vivenciada ativamente, combatendo a ideia de que o orçamento seria mera obra de ficção.

Nesse sentido, para Jacoby Fernandes (2000), faz-se necessário dinamizar e popularizar os processos de interpretação das leis, com segurança e eficiência para que não fiquem restritos ao seletíssimo círculo de hermeneutas.

Nas palavras do saudoso professor Carlos Motta:¹² “A lei não pode evitar a corrupção, mas a sociedade, esta sim, pode eliminá-la através da participação e da vigilância.”

3.2 CONTRATO DE EFICIÊNCIA

Outra inovação no Projeto de Lei foi a inserção do Contrato de Eficiência, previsto no inciso LI do seu art. 5º, o qual dispõe:

[...] objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada [...]

O contrato de eficiência permite que a empresa execute determinado serviço a um custo menor do que a Administração pagava anteriormente. Nesse caso, a empresa será reconhecida pela eficiência e terá direito a parte do percentual da economia gerada. São as seguintes suas características:

Quadro 2 – Características do contrato de eficiência

11. MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Responsabilidade fiscal: lei complementar 101/2000*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

12. MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. *Eficiência nas licitações e contratos*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 536.

Requisitos	Características
Objeto	Prestação de serviços.
Detalhamento do objeto	Realização de obras e o fornecimento de bens.
Objetivo	Proporcionar economia ao contratante (Administração Pública).
Eficiência (custo/benefício)	Redução de despesas correntes (manutenção da máquina administrativa).
Remuneração do contratado	Percentual sobre a economia gerada.

Fonte: Elaboração dos autores.

Atualmente, há previsão legal apenas para as hipóteses de contratações previstas no RDC (Lei n. 12.462) e no PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse).

3.3 MATRIZ DE RISCO

A matriz de risco, conforme conceito estabelecido no inciso XXV do art. 5º, é “cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”, devendo conter as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) em obrigações de resultado, estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto completo;
- c) em obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto completo.

Nos termos do art. 19 do PL n. 6.814/2017, o edital

[...] poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre

o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos.

Trata-se do mapeamento prévio das situações que envolvam riscos durante a execução do contrato, capazes de refletir no planejamento original.

Atualmente, a Lei n. 8.666/1993 não obriga a apresentação de tal documento, e, no PL n. 6.814/2017, a previsão limita-se à possibilidade.

Em obras de vulto, será de grande valia para a definição da responsabilidade dos agentes (contratado/poder público) em eventuais riscos, tais como: paralisações decorrentes de eventos climáticos, greves, aumento dos custos de matérias-primas e acidentes ocorridos sem culpa do ente contratante ou do contratado.

A matriz de risco, se anexada ao contrato, poderá assegurar seu equilíbrio, evitando-se possíveis aditivos futuros, evidenciando a responsabilidade dos atores e, como consequência, facilitando o controle pelos Tribunais de Contas.

3.4 HABILITAÇÃO PÓS-JULGAMENTO: A INVERSÃO DE FASES EM RELAÇÃO AO PADRÃO DO ART. 43 DA LEI N. 8.666/1993

A legislação em exame pontua os principais aspectos do certame, passo a passo, de modo a evitar possíveis erros nas aquisições e contratações.

Nos termos do art. 15 do PL n. 6.814/2017, a regra passa a ser a habilitação pós-julgamento, consoante modelo já estabelecido no pregão e no RDC, alterando o padrão consignado anteriormente na Lei n. 8.666/1993:

Art. 15. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I – preparatória;
- II – publicação do edital de licitação;
- III – **apresentação de propostas e lances, quando for o caso;**
- IV – **juízo;**
- V – **habilitação;**
- VI – recursal;
- VII – homologação. (Grifos nossos)

Esse parâmetro possibilita economia procedimental, mitigando a morosidade relativa aos documentos da habilitação, harmonizando-se com a preferência da forma eletrônica como regra (art. 15, § 2º).

O padrão do PL n. 6.814/2017 é habilitação pós-julgamento, mas, excepcionalmente, admite-se a hipótese de julgamento pós-habilitação com justificativa para a inversão das fases e inclusão no edital (§ 1º do art. 15).

Em suma, o que era regra na Lei n. 8.666/1993, julgamento pós-habilitação, passa a ser a exceção, condicionada nos termos do §1º do art. 15. Nesse caso, o fluxo das fases será como segue: I – Preparatória; II – Publicação do edital de licitação; III – **Habilitação**; IV – Apresentação de propostas e lances; V – **Julgamento**; VI – Recursal; e VII – Homologação.

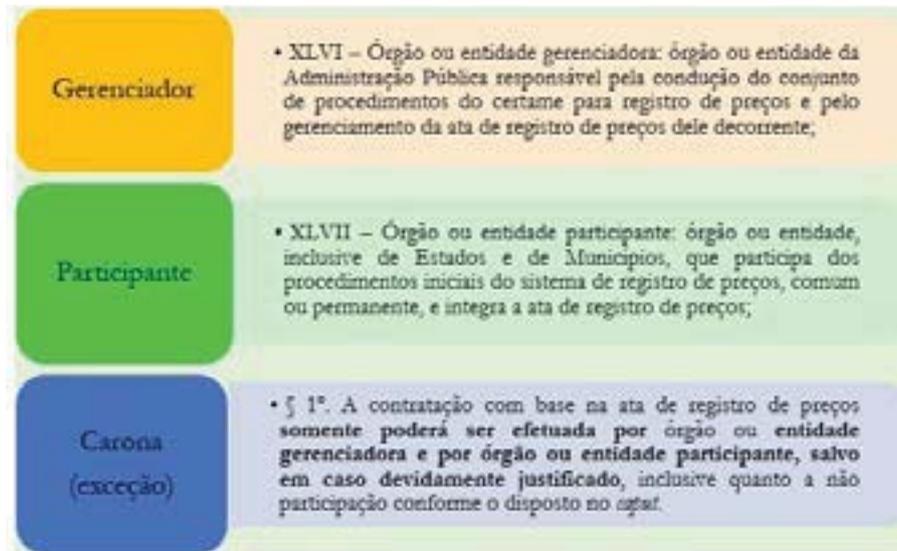
Essa exceção exige ato motivado previsto no edital, com a explicitação dos benefícios decorrentes, cujo propósito será demonstrar a condição de habilitação para o atendimento da demanda, especialmente em contratações de alta complexidade, nas quais a capacitação do licitante irá repercutir na apresentação de propostas e disputa de lances.

A possibilidade regulada de inversão de fases para adequação à realidade de cada caso concreto exige do operador do Direito conhecimento não apenas do conteúdo legal, mas também do objeto e do mercado no qual está inserido.

3.5 O REGISTRO DE PREÇOS E A PRÁTICA DO CARONA

Inobstante o termo registro de preços apareça por cinco vezes na Lei n. 8.666/1993, o PL n. 6.814/2017 inova ao estabelecer seu conceito no inciso XLIV do art. 5º como o “conjunto de procedimentos para realização, mediante certame na modalidade pregão, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, obras comuns e aquisição e locação de bens para contratações futuras”. O art. 5º e o § 1º do art. 77 do projeto indicam seus atores, inclusive a hipótese da prática do carona, como segue:

Figura 2 – Atores do registro de preços, art. 5º, XLVI, XLVII, e §1º do art. 77



Fonte: Elaboração dos autores.

Na Figura acima, destaca-se a possibilidade, ainda que em exceção e de forma justificada, da prática do carona.

O caráter plural do registro de preços está consignado no *caput* do art. 77:

Incumbe ao órgão ou à entidade gerenciadora, previamente ao certame de que trata este Capítulo, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para [...] **possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de contratação.** (Grifos nossos)

O § 1º apresenta regra e exceção sobre os participantes do certame, sendo que a parte primeira do dispositivo afirma que “a contratação com base na ata de registro de preços somente poderá ser efetuada por órgão ou entidade gerenciadora e por órgão ou entidade participante”, para, na sequência autorizar: “**salvo em caso devidamente justificado**, inclusive quanto a não participação conforme o disposto no *caput*.” (Grifos nossos)

No caso do registro de preços, percebe-se que o número real de participantes se reflete diretamente no valor total da contratação com relação à economia de escala. Assim, recomenda-se que o planejamento seja considerado com base na realidade.

A presença posterior do carona pode representar um possível desvio em relação ao valor considerado originalmente para a realização da licitação, porque, em tese, a empresa fornecerá número superior ao demandado e preço superior ao que seria justo, se considerada a totalidade dos participantes mais o carona. Tal praxe pode resultar em corrupção através de prováveis conluíus entre a Administração e empresas participantes.

3.6 A CRIAÇÃO DO AGENTE DE LICITAÇÃO

O Agente de Licitação apresentado pelo Projeto de Lei n. 6.814/2017 é mais uma adequação do que uma inovação, pois assemelha-se à figura do pregoeiro tanto quanto à forma de condução das atividades no certame como na responsabilização pessoal sobre os atos praticados.

Via de regra, a licitação deverá ser conduzida por ele, que deverá “ser servidor ou empregado público pertencente a quadro permanente da Administração Pública”; a exceção será em casos de licitações complexas, as quais deverão ser ministradas por Comissão de Licitação, devendo, nos termos do § 3º do art. 7º, ser formadas por

no mínimo, 3 (três) membros, que **responderão solidariamente** por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão. (Grifos nossos)

O art. 7º e seus parágrafos conceituam e responsabilizam as autoridades que deverão conduzir os procedimentos licitatórios:

Art. 7º A licitação será conduzida por **agente de licitação**.

§ 1º O agente de licitação é a pessoa designada pela autoridade competente, entre **servidores ou empregados públicos** pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação.

§ 2º O agente de licitação será auxiliado por equipe de apoio e **responderá individualmente pelos atos que praticar**, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 3º Em **licitações complexas**, o agente de licitação poderá ser substituído por **comissão de licitação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente** por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição

individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.
(Grifos nossos)

Extrai-se da leitura desse artigo uma importante questão: considerando-se as possíveis consequências de direito, não deveria o Projeto de Lei n. 6.814/2017 contemplar o conceito do termo “licitações complexas”? A nosso sentir, em se tratando de responsabilização dos agentes públicos, tal nomenclatura deveria constar na lei, para que não haja brechas de interpretação.

4 A AÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM RELAÇÃO AO SISTEMA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A Lei n. 8.666/1993, ao tratar do controle externo das licitações, dispõe, em seu artigo 113 e parágrafos, os critérios de controle da legalidade, a regularidade da despesa e sua execução, bem como o combate a irregularidades na aplicação da referida lei, nos termos da Constituição Federal.

Nas licitações e contratações, o controle externo se dá de três formas: pelo regular exercício da função fiscalizadora atribuída ao Tribunal de Contas; mediante provocação por qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou contratado, que poderá representar ou denunciar àquele Tribunal em face de irregularidades na aplicação da Lei n. 8.666/1993, conforme § 1º do artigo 113 e § 2º do artigo 74 da Constituição Federal e, ainda, por meio da análise prévia dos atos convocatórios pelas Cortes de Contas, conforme § 2º do artigo 113 daquele Diploma Legal.

A representação ou denúncia não objetiva a proteção de direitos subjetivos ou interesses pessoais específicos; ela orienta-se no controle de regularidade da despesa pública, pautada pelo interesse público, ainda que, em muitos casos, observe-se que o licitante, ao representar, defenda interesses próprios, relacionados com a sua permanência na concorrência.

Para Motta,¹³ a denúncia aos Tribunais por irregularidade na aplicação da Lei de Licitações a ser feita por qualquer licitante, contratado ou pessoa física, é um dos pontos de apoio de uma concepção abrangente de controle e fiscalização dos institutos da licitação e contrato, vistos como instrumentos de melhoria do gasto público.

13. MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci. *RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto n. 7.581/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

O Projeto de Lei n. 6.814/2017 apresenta os dispositivos que reforçam o controle da regularidade dos procedimentos licitatórios perante os Tribunais de Contas, conforme Quadro sinóptico a seguir:

Quadro 3 – Controle externo das licitações e contratações

Dispositivos Legais do PL n. 6.814/2017	Referência
Art. 106, caput e seu § 2º	A regra é ordem cronológica dos pagamentos (caput). Exceção (§ 2º): Comunicação ao Tribunal de Contas em caso de alteração justificada, em razão de grave e urgente necessidade pública, da ordem cronológica dos pagamentos.
Art. 118, caput	Reforça a competência dos Tribunais de Contas para o controle das despesas decorrentes dos contratos e licitações.
Art. 118, § 1º	Reforça o controle social: “Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao tribunal de contas competente ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo”.
Art. 118, § 2º	Multa no caso de litigância de má-fé: “O tribunal de contas competente reputará denunciante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos ou provocar a jurisdição com intuito exclusivamente protelatório, a ele imputando multa de não mais que 1% (um por cento) do orçamento estimado para a contratação.”
Art. 118, § 3º	Exame da cópia do edital e determinação de medidas corretivas: “O tribunal de contas competente 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 e as entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”.
Art. 121, § 1º e § 2º	Possibilidade regulada de suspensão cautelar do processo licitatório pelo Tribunal de Contas: § 1º O tribunal de contas competente somente poderá suspender cautelarmente processo licitatório 1 (uma) vez e pelo prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, definindo objetivamente: I – as causas da ordem de suspensão; II – como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão do processo, em se tratando de objetos essenciais ou de contratação por emergência. § 2º O órgão que receber a ordem de suspensão do processo licitatório deverá informar ao tribunal de contas competente, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, o acatamento da determinação, as providências adotadas nesse sentido e, se for o caso, como procederá à apuração de responsabilidade.

Fonte: Elaboração dos autores.

Acerca da análise preventiva do edital, considerando-se que o ato convocatório norteia a licitação, balizando todo o procedimento, a nosso ver, mostra-se primordial que a Corte de Contas tenha acesso à análise prévia de tal instrumento. Dessa forma, os tribunais podem corrigir *ab initio* eventuais ilegalidades, adotando medidas corretivas e adequadas ao interesse público.

Segundo Marçal Justen Filho,¹⁴ a Administração é obrigada a exercitar o controle da legalidade do ato convocatório da licitação, especialmente quando provocada (nos prazos indicados na lei por qualquer cidadão. Não pode escusar-se sob invocação de que o particular não teria interesse em participar da licitação ou que não preencheria, nem mesmo em tese, os requisitos para tanto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualidade da democracia depende diretamente da integridade e lisura na prática do sistema de compras e contratações públicas. Evidencia-se no presente estudo que o Projeto de Lei n. 6.814/2017 tende a acompanhar certos parâmetros já assentados tanto na Lei n. 10.520/2002 (Lei do Pregão) quanto na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), como a inserção do “agente de licitação”, figura claramente inspirada no “pregoeiro”.

Constata-se tendência à flexibilização para a aplicação da norma, voltada ao caso concreto, aliada à necessidade de motivação em favor do controle e da responsabilização, sempre que ocorrerem exceções, fora do regramento, como convém à moderna teoria das organizações. A exemplo, a possibilidade prevista no § 3º do art. 7º, da substituição do agente de licitação por comissão de licitação, em caso de licitações complexas, quando os membros da comissão, em regra, responderão solidariamente pelos atos praticados.

Novos elementos inseridos na lei, como diálogo competitivo, contrato de eficiência e matriz de risco são boas ideias inspiradas em legislações europeias; entretanto, exigem competência e conhecimento por parte de seus operadores – o que pode ser um dificultador, especialmente em licitações e contratações em pequenos municípios, a grande maioria

14. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: lei 8.666/1993. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

no Brasil –, sob pena de tornarem-se inócuos em resultados pretendidos, meras referências legislativas.

O sucesso do PL n. 6.814/2017 exige mudança de paradigma para incorporar práticas éticas tanto pela administração pública quanto pelas empresas licitantes, para que, no futuro, possamos evitar (ou diminuir) casos de corrupção, conluíus, abuso de poder e captura do público pelo privado. No pensamento do ator britânico Peter Sellers, “Se as raízes estão bem, todo o resto está bem”.¹⁵

Para tanto, é preciso efetividade nas prestações de contas (*accountability*) e ação conjunta (*enforcement*) dos Tribunais de Contas, Ministério Público e órgãos de controle.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Maria Cecília Mendes. Da licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público: o problema do formalismo exacerbado na frustração desse fim e a importância da participação popular para implementar a efetividade do seu controle. Revista do TCU, Brasília, ano 35, n. 105, p. 91-100, jul./set. 2005.

BRASIL. Presidência da República. Constituição federal. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 8.777, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns,

15. Frase do jardineiro Chance, personagem de Peter Sellers no filme Muito além do jardim. In: MUITO ALÉM do jardim. Direção: Hal Ashby. EUA, Warner Home Video, 1979. Título original: Being there.

e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n. 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

FRANCE, Guilherme. Como prevenir a corrupção nas contratações públicas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-prevenir-a-corrupcao-nas-contratacoes-publicas-03052018>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei 8.666/1993. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Responsabilidade fiscal: lei complementar 101/2000. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. Eficácia nas licitações e contratos. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto n. 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. Journal The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies. Disponível em: <https://scholar.google.com> Acesso em: 22 ago. 2018.

SCHDLER, Andreas. The Menu of Manipulation. *Journal of Democracy*. Washington DC: Johns Hopkins University Press, 2002. v. 13, p. 36-50.

SERRA, Rita C. C.; CARVALHO, João R. C. S. Transparência e prestação de contas como paradigmas indiciários dos aspectos democráticos e éticos nos governos hodiernos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL GOVERNO, GESTÃO E PROFISSIONALIZAÇÃO EM ÂMBITO LOCAL FRENTE AOS GRANDES DESAFIOS DE NOSSO TEMPO, 4, 2013, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2013. Disponível em: <www.fjp.mg.gov.br/>. Acesso em: 28 fev. 2015.