

LEI DE LICITAÇÕES MODIFICAÇÕES PELA LEI Nº 9648/98*

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Professor titular de Direito Administrativo da UDF, do Centro Brasileiro pela Formação Política e do CAP/OAB; Instrutor do Instituto Serzedello Correa do TCU. Foi Advogado e Juiz do Trabalho. Autor do livro "Tomada de Contas Especial", lançamento pela Ed. Brasília Jurídica.

1 - Direitos de quem contrata com a Administração

Quem mantém contrato com a Administração – tecnicamente denominado de contratado, por força do art. 6º, inc. XV, da Lei nº 8.666/93 – teve alguns direitos elásticos.

Objetivamente é um dado positivo porque assegurar direitos significa tornar o processo mais transparente, permitindo a oferta de proposta ainda mais vantajosa pela pouca dependência do fornecedor com a Administração e com seus agentes.

1.1. - Direito de receber seu crédito

O art. 5º da Lei 8.666/93 já assegurava aos licitantes o direito de receber o seu crédito, segundo a ordem cronológica de exigibilidade, impedindo que a Administração privilegiasse determinado fornecedor ou contratado. Na esfera do TCU, foi firmado entendimento de que a fiscalização desse dispositivo interessava apenas aos fornecedores; no âmbito do TCDF¹, foi determinado a todos os órgãos que efetuassem o pagamento dos créditos em estrita consonância com a ordem de exigibilidade.

À norma recentemente aprovada acresce o § 3º, por meio do qual amplia esse direito, determinando que, observada a regra do art. 5º, os pagamentos devidos até o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) serão realizados no prazo de cinco dias.

Em síntese:

· os contratados têm direito de receber os seus créditos, segundo a rigorosa ordem de exigibilidade – data do cumprimento da obrigação ou decurso do prazo previsto, no edital

¹ Seja por provocação deste órgão – que endereçou o ofício 086/95 – PG/P à Presidência do Tribunal, ou seja, por meio de denúncia do Deputado Distrital Luiz Estevão, no Proc./TCDF nº 7335/96

*Na Lei 9648, de 27 de maio de 1998, resultado da conversão da Medida Provisória 1.531 em Lei, foram introduzidas importantes modificações positivas no ordenamento do tema, alguma das quais não constantes das MP's.

ou contrato, para pagamento – o qual terá duas “fitas” para recebimento, sendo uma de valores até oito mil reais a ser liquidada naquele prazo e com prioridade, outra de valores de faturas superiores a esse limite;

- para os fins aferição do cumprimento dessa norma, considerar-se-à, como aliás sempre foi feito, o valor de cada parcela do contrato, não interessando o valor do total do ajuste;

- continua sendo possível ao licitante, se violada a norma, tanto o ingresso de mandado de segurança, se for violado o art. 5º - pois é direito líquido e certo – como, no DF, a denúncia ao TCDF, pois se trata de aferição da legalidade da realização de despesa;

- a prova da violação é atendida por meio de certidão fornecida pelo próprio órgão violador – com fundamento no art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, na forma regulamentada pela Lei nº 9.625/97

- continua sendo tipificado como crime desobedecer à ordem de pagamento, tanto em relação ao caput do art. 5º, como aos respectivos parágrafos, na direção do art. 92, última parte.

1.1.1. - Direito dos pequenos e médios empresários

Um dos pontos fortes da Lei de licitações, consistente no dever de parcelar o objeto, visando à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala, foi reforçado com a inserção do § 7º, no art. 23, feita pela recente norma, ao admitir que o licitante apresenta proposta de quantidade inferior à total pretendida, admitindo-se que o edital estabeleça quantitativo mínimo.

Juntando-se as regras que dispõe sobre o tema, a saber, o inc. IV, do art. 15, e §§ 1º, 2º, 5º e 7º do art. 23, tem-se o seguinte delineamento básico do instituto do parcelamento:

1.1.2. - Na fase do planejamento da licitação

A Administração deve avaliar o mercado e considerar o seguinte:

a) em relação às compras:

a.1.) subdividir o objeto da licitação em tantas parcelas – ou itens – quanto se mostrarem tecnicamente viáveis (negrito oriundo do art. 15, inc. IV);

a.2.) após essa subdivisão, verificar a conveniência de juntar parcelas, formando um só item, à vista de três aspectos econômicos: o objetivo da licitação de obter a proposta mais vantajosa, o dever do Estado de fomentar a economia, ampliando a competitividade, o bom emprego do dinheiro do contribuinte com a busca da economia de escala (negritos oriundos de expressões utilizadas no art. 3º, caput, e 23, § 1º);

a.3.) estabelecer a habilitação proporcional ao item (cfr. Decisão do TCU nº 393/94, publicada no DOU de 29.6.94);

a.4.) estabelecer o quantitativo mínimo de cada item que cada licitante pode propor. Nesse caso, mostra-se recomendável dar plena eficácia a essa norma apenas nas grandes aquisições sob pena de tumultuar ainda mais o processo licitatório;

a.5.) utilizar a modalidade pertinente ao objeto em licitação, correspondente, portanto, ao somatório dos itens, no exercício (art. 23, § 2º Proc. TC – 675.156/96-3, D.O.U. 28.04.98, Pág. 101) para evitar o fracionamento de despesa (art. 89).

b) em relação a obras e serviços:

b.1.) proceder conforme indicado nas alíneas de “a.1.” até “a.4.”;

b.1.) considerar que é possível utilizar convite, quando o somatório dos itens der tomada de preços, e ou quando o somatório der concorrência, desde que para o item exista no mercado executor de especialidade diversa. Costumo exemplificar com a reforma de um estabelecimento, onde o total da reforma enseja concorrência, mas é possível parcelar o objetivo, adotando convite para reforma do piso, convite para pintura, tomada de preços para a reforma do revestimento da fachada etc. (art. 23, § 5º, última parte), porque existem, na praça do Distrito Federal, especialistas nessas áreas, ampliando-se a competição por item.

1.2.2. - Na fase do julgamento da licitação

Aqui é indispensável que o edital previamente estabeleça as regras para o lote mínimo que o licitante pode cotar. A omissão, lamentavelmente, coloca-se contra a Administração. A sugestão, quando não for admissível a cotação em lotes inferiores ao pedido, é uma observação genérica, no edital, nesse sentido. Atende-se que o único fundamento admitido pela Lei para não haver solução inferior ao requerido pela Administração é a vantagem da economia de escala, olvidando o legislador dificuldades de natureza administrativa e uniformização, que em tese também seriam aceitáveis para não admitir cotação inferior ao requerido no ato convocatório.

Compete aos órgãos de controle tornar eficaz a norma e recomendar o parcelamento do objeto.

É importante lembrar que uma das melhores aquisições de gêneros alimentícios feita no Brasil prescrevia no edital exatamente essa possibilidade, tendo o fato sido apreciado pelo TCU². Também no mesmo sentido é a minuta que apresentamos ao MARE regulando o sistema de registro de preços.

² (DOU nº 71, de 15.4.97). O parecer deste acórdão foi publicado no ILC nº 46, Dezembro/97, pág. 932.

1.1. – Julgamento objetivo de preço inexequível

Ponto importante na nova norma foi alterar o art. 48, acrescentando-lhe três parágrafos. A finalidade, a toda evidência, foi tornar o julgamento objetivo para obras e serviços de engenharia, dispensando a Administração de estabelecer em cada licitação o que seria considerado preço inexequível.

A norma anterior, - parágrafo único do art. 48 – era para a grande maioria das licitações de difícil operacionalização, exatamente porque o art.40, inc. X vedava fixação de preço mínimo, critérios estatísticos ou faixas de variação.

Lamentavelmente o legislador não foi feliz ao definir o novo critério porque o parâmetro estatístico da média aritmética é fortemente influenciado pelos extremos. Assim, pode um Licitante, objetivando desclassificar a propostas dos demais, visando à reapresentação das propostas, em concluí-lo com outro, apresentar um deles uma proposta stupidamente sobrevalorizada.

Exemplificando que o orçamento correto de uma obra seja 200 – anunciado no edital, cfr. Art. 7º § 2º, inc. II, e 40 § 2º, inc. II -, obtendo quatro propostas com os seguintes valores: 180, 190, 200 e 1000. A Lei determina que se extraia uma média das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração; no caso, há apenas uma 70% do valor da média corresponde a 300; portanto, as três propostas estão abaixo do valor e devem ser desclassificadas. Nesse ponto em particular, a norma dá tratamento diferente em dois normativos: atender ao comando do caput do art. 48 implica desclassificadas. Nesse ponto em particular, a norma dá travamento diferente em dois normativos: atender ao comando do caput do art. 48 implica desclassificar a proposta; atender ao § 2º implica aproveitar proposta inexequível com exigência de prestação de garantia adicional.

Em vários ensaios aritméticos que formulamos na Procuradoria-Geral do Ministério Público junto ao TCDF, verificamos que algumas propostas com preços inexequíveis permaneceram no âmbito da fórmula regrada e não poderiam ser desclassificadas.

Melhor teria sido que a Lei estabelecesse um parâmetro e impusesse aos agentes da Administração que convocassem os licitantes com propostas inexequíveis para que demonstrassem a exequibilidade dos preços.

2 - Alteração do contrato

A Lei nº 8.666/93, aliada à estabilidade econômica, reduziu significativamente o espaço à alteração do contrato em moldes diversos dos licitados. As modificações que pretendiam introduzir pela nova norma impunham um retrocesso legislativo; por isso foi acuradamente vedado o inc. I, do § 2º.

Pela nova redação dada ao § 2º do art. 65 “nenhum acréscimo”.

“Art. 65

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I – VETADO

II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes”.

Na prática, retira-se a certeza do objeto licitado, dando possibilidade de reduzi-lo, por acordo, sem limite, mas se mantém com o acertado veto-limite de acréscimo de 25% (vinete e cinco por cento).

3 - Limites à contratação direta sem licitação

Com base em dados oficiais do governo, obtidos junto à Secretaria do Tesouro Nacional, verifica-se que 89,43% dos Municípios brasileiros arrecadam por mês, em média, menos de 100.000 reais.

O Tribunal de Contas da União cuja jurisprudência sobre o tema licitação e contratos alcança todas as esferas de governo³, ao verificar que quase a metade (46.7% dos recursos federais, em que tese cabe licitação, são contratados sem esse procedimento, ao emitir parecer prévio sobre as contas de 1995, expressamente recomendou que fosse “inexigibilidade e a dispensa com mais cautela e parcimônia nos órgãos e entidades da Administração Pública”.

A abrupta elevação é um acinte! Com base na estatística formulada é razoável concluir que seguramente mais de 70% dos Municípios brasileiros não fazem sequer uma licitação por ano, e 95% não vão fazer nenhuma tomada de preços.

O parágrafo único do art. 24, acrescido agora, permite a contratação direta de até 20% do valor do convite para as agências executivas. Como essa nova modalidade de ente de cooperação do Estado, criada com a única finalidade de dificultar o controle do dinheiro do contribuinte, tende a se proliferar pelas demais esferas de governo, a elevação do valor muito bem atenderá ao objetivo de não licitar. Especialmente em ano eleitoral, ou melhor, “re-eleitoral”.

4 - O registro cadastral

Pela Lei nº 8.666/93, não há nenhuma modalidade de licitação que seja restrita aos cadastrados. Assim é que no convite podem ser convidados cadastrados ou não; na tomada de preços podem participar cadastrados ou não; nas demais modalidades, quaisquer interessados.

Nada obstante o exposto, na esfera federal, com a instituição do SICAF⁴, de acordo com o subitem 1.3. da IN/SAF nº 5, foi estabelecido que só podem participar da licitação os fornecedores e prestadores de serviços que estiverem cadastrados.

O cadastro federal do SICAF, em termos práticos, representou grande avanço para a

³ v. súmula nº 222.

⁴ Instrução Normativa nº5, publicada no DOU????, republicada no DOU ????

área de controle no que tange às certificações e irregularidade fiscal e seguridade social, mas apresenta ofensa à Lei em vigor. Mesmo que um cadastro seja bastante aperfeiçoado, a qualificação técnica tem de ser compatível com o objeto da licitação.

A nova norma estabelece que o registro cadastral substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, “quando às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a supereminência de fato impeditivo da habilitação”.

Há aspectos positivos para a área do controle para a Administração. O lado negativo reside no fato, não vislumbrado pelos técnicos da área federal, de que alguns órgãos mantêm cadastro fechado, pelo prazo de um ano,⁵ só o abrindo em datas determinadas. Com a norma, fortaleceu-se a interesse de alguns setores de fazer licitação fechada aos cadastrados, o que pode, em alguns casos, ser nocivo ao interesse público de buscar uma proposta mais vantajosa.

5 - Prazo de duração dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua

A redação do dispositivo sofreu diversas alterações desde o advento da Lei nº 8.666/93, buscando equacionar o assunto em conformidade com a Constituição Federal.

De forma bastante objetiva pode-se afirmar que:

- os “serviços a serem executados de forma contínua” é expressão não definida em Lei. Inconveniente a definição prévia, em tese, pois que cada caso pode ou não ser enquadrado entre tais serviços. Como idéia geral, pode-se afirmar que os contratos de manutenção podem ser enquadrados nessa expressão, assim como todo os de “serviços” cuja interrupção possa trazer prejuízos à Administração;

- os editais devem estabelecer a possibilidade de prorrogação até os sessenta meses, mas os contratos devem ser firmados apenas de acordo com a vigência do crédito orçamentário, em fase do que prescreve o art. 167, inc. II da Constituição Federal. Essa interpretação, que conta com o aplauso do Prof. Leon Frejda Sklarowski⁶ e da prof. Yara Darci Police Monteiro, é a consagrada pela TCU, em brilhante voto do eminente Ministro Carlos Átila⁷, que parificou definitivamente o tema;

- a possibilidade de prorrogação anunciada pelo § 4º do art. 57, por se tratar de medida excepcional, não precisa estar prevista no edital. Para adotar essa prorrogação, deve a Administração demonstrar no processo – cfr. Art. 113 da Lei nº 8.666/93 – que é vantajoso ao interesse público a prorrogação; que mesmo licitado, não seria possível obter melhor preço; que além do preço há fato que impede ou contra-indica a realização de licita-

⁵ o art. 34, caput, permite isso.

⁶ v. artigo Prof. Leon, *Correia Braziliense* 09.03.98, pág. 01, e *Consulex* nº 01, de 97

⁷ *Decisão* 605-38/96-P, publicado no D.O.U. de 15.10.96

ção. Esses aspectos são indispensáveis para atender à expressão “excepcional” inscrita na norma. Quisesse o legislador permitir a prorrogação apenas diante do preço mais vantajoso praticado pelo contratado, em relação ao mercado, tê-lo-ia estabelecido expressamente.

6 - Conclusão

A nova norma veio a conferir estabilidade há muito tempo reclamada pelos estudiosos do tema para a regulação de atos jurídicos da Administração. Espera-se que o governo haja doravante com muita parcimônia na edição de Medidas Provisórias para regular esse tema e que, na edição, seja observada a Lei Complementar nº 95, que instituiu, recentemente, no Brasil, o dever de sistematização das leis.

