



Caio de Souza Loureiro: o que esperar da nova Lei de Licitações?

28/10/2019

Após quase três anos tramitando na Câmara dos Deputados, o projeto de nova Lei de Licitações finalmente foi aprovado pela Casa. Retorna, agora, ao Senado, onde começou sua trajetória há mais de seis anos. Nessa longa gestação, o projeto passou por distintos momentos políticos e econômicos e teve, como consequência, uma infinidade de versões.

O texto que irá ao Senado é, portanto, muito diferente daquele que de lá saiu anos atrás. Na Câmara, o volume considerável de emendas de Plenário aprovadas, apresentadas já após ampla discussão em Comissão Especial, revela o quanto o projeto mudou. Em alguns pontos, avançou-se; em outros, retrocedeu-se.

Mas, e agora que o bom filho à casa torna, o que esperar da discussão no Senado?

A resposta a essa questão não é das mais fáceis. Em primeiro lugar, por uma razão bastante óbvia: a composição do Senado foi bastante alterada em relação àquela que anteriormente discutiu e aprovou o texto originalmente enviado à Câmara. Além disso, estamos numa conjuntura bastante distinta, em diversos aspectos – político, econômico e social –, que, hoje, conformam um rol de interesses bastante distintos. Aliás, é certo que muitos atores importantes ainda não tinham dedicado muita atenção à discussão legislativa (após seis anos, como culpá-los?), mas, agora, certamente estarão mais zelosos e devem passar a ter uma postura mais ativa, tendo em conta o relevante impacto ocasionado pela aprovação do projeto.

Portanto, afirmar o que irá sair do Congresso é mera suposição. A única certeza que se tem é que ainda há muita margem – e, provavelmente, intenções de diversas ordens – em se alterar o texto atual. Se para melhor ou para pior, é uma incógnita, mas é certo que dificilmente o texto final será aquele aprovado pela Câmara.

Mesmo com a dificuldade de prever o derradeiro conteúdo, é possível, sim, levantar alguns pontos e conceitos que vêm se mantendo firmes no longo percurso do projeto. A sobrevivência em ambiente inóspito nos faz crer que, mesmo com alguns ajustes, esse conjunto de temas tende a permanecer ao término de todo o trâmite legislativo. Identificar e compreender esses pontos ajuda a antecipar o que virá por aí.

Num esforço inicial, este pequeno ensaio faz um breve apanhado do que, até aqui, é mais relevante nas discussões da nova Lei. Esses pontos serão devidamente detalhados em artigos subsequentes.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que o saldo é positivo. O que até aqui se discutiu e se refletiu no texto do projeto é, sem dúvida, melhor do que o atual cenário legislativo. É lógico que muitos esperavam muito mais, e é verdade que a proposta ainda é muito tímida na desconstrução de conceitos tradicionais (alguns remontam ao balzaquiano Decreto-Lei 2.300, de 86), que mais



atrapalham do que ajudam. Contudo, há inovações e correções de distorções da prática da contratação governamental.

O projeto é especialmente profícuo na atenção dada à fase interna da licitação, isto é, ao momento de estruturação das contratações, o que vem em boa hora, considerando a crônica falta de planejamento, a resultar em contratos de pouca eficiência, quando não inexecutáveis. Mais relevante, nesse ponto, são **(i)** a abertura dos procedimentos de manifestação de interesse (PMI) para o regime geral e **(ii)** a incorporação do diálogo competitivo como modalidade de licitação. Nos dois casos, a expectativa é tornar mais transparente e eficiente a indispensável interação entre o poder público e o particular na conformação dos contratos administrativos. Infelizmente, a relevância de contar com a expertise do particular antes da decisão sobre a contratação foi superada pela demonização da colaboração público-privada, tornando ilícito, per se, qualquer contato feito entre ambos.

Assim, ao ampliar o PMI para o regime geral o projeto pretende aproveitar aquilo que já vem sendo utilizado no regime concessionário, permitindo que o particular ofereça estudos e projetos do interesse da Administração, com a expectativa de vir a ser contratado para a sua execução, após a devida licitação. Por outro lado, importar o diálogo competitivo (instituto de matiz na regulamentação da União Europeia) é um significativo avanço num dos maiores problemas da Administração: a assimetria de informações em projetos de alta complexidade, que, em muitos casos, impede até mesmo a certeza de como atender às necessidades do interesse público relevante.

A preocupação com o planejamento é a primeira evidência da nítida importância que o projeto confere ao problema das contratações frustradas. Outro expoente dessa inquietação é a tão esperada revisão da alocação de riscos das contratações, ponto essencial ao sucesso do contrato, mas, paradoxalmente negligenciado na legislação do regime geral, que se furtou do correto tratamento do risco. A correção é dada pela previsão expressa de uma matriz de risco como cláusula contratual – obrigatória em contratos de maior vulto – e dos instrumentos de mitigação dos impactos negativos da ocorrência do sinistro. Esse cenário é, em todo, melhor que a mera alocação integral de riscos para uma das partes, a distorcer a eficácia de quaisquer medidas de prevenção e mitigação.

Regimes de contratação também foram pensados para melhorar a eficiência dos contratos. Um deles, já presente no RDC, é a contratação integrada, trazida como modalidade do regime geral com alguns aprimoramentos em relação à atual regulação a ela dispensada. Outro regime, esse, sim, inédito, é o de fornecimento e prestação de serviço associado, por meio do qual o particular responsável pela execução de obra ou fornecimento de bens assume, por até cinco anos, serviços relacionados à operação e à manutenção do objeto entregue à Administração. A ideia é bastante interessante, com benefícios mútuos para as partes: de um lado, ganha a Administração com maior qualidade na execução dos objetos; do outro, o particular pode ser remunerado pelos serviços associados que prestará à Administração.

O compliance é outra preocupação marcante no projeto, que ganhou força ao longo da sua tramitação. Sob o viés repressivo, o aumento de tipos penais relacionados a licitações e contratos, com penas mais severas sempre esteve presente. No entanto, o projeto também se



ocupa com o estímulo à adoção de boas práticas pelas empresas contratadas pela Administração. Assim o faz ao permitir que o órgão ou entidade contratante possa demandar a comprovação de que o particular por ele contratado possua um programa de integridade. Há, no entanto, severas críticas a esse tipo de estímulo, tanto pela sua questionável eficácia, quanto, sobretudo, por não corrigir distorções mais graves, do lado da Administração.

Há, por certo, outros itens resistentes à tramitação havida até aqui. Nesse primeiro momento, ocupei-me de expor alguns mais relevantes e que exemplificam a preocupação com a eficiência dos contratos e a procura (ainda ineficaz) por maior integridade nas contratações, dois traços bastante marcantes do projeto.

Certamente, o texto ainda será bastante debatido e muitos grupos e setores da sociedade e do mercado, alguns deles silentes até o momento, irão buscar contemplar seus interesses. Contudo, a valer a perenidade dessas duas premissas, é de se esperar que, mesmo com algumas alterações, esses dispositivos se mantenham ao cabo da discussão legislativa.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-out-28/caio-souza-loureiro-esperar-lei-licitacoes/>