



Prefeitura do Município de São Paulo

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

GABINETE DO PREFEITO

Ofício A. J. L. nº 63/19-C

Ref.: Ofício SGP-12 nº 659/2018

DOCREC
104/2019

Senhor Presidente

Reportando-me ao ofício acima referenciado, em atenção ao pedido de subsídios formulado pela Comissão de Administração Pública acerca do Projeto de Lei nº 723/2017, de autoria dos Vereadores Caio Miranda e outros, que estabelece critérios anticorrupção nas licitações públicas, encaminho a essa Presidência cópia das informações prestadas pela Secretaria Municipal de Gestão.

Na oportunidade, renovo-lhe meus protestos de apreço e consideração.


JOÃO JORGE DE SOUZA
Secretário da Casa Civil

Ao

Excelentíssimo Senhor

EDUARDO TUMA

Digníssimo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO

Manifestação

São Paulo, 16 de janeiro de 2019

Ref: PL nº 723/2017, que estabelece critérios de anticorrupção nas licitações públicas. Pedido de Subsídios.

SG/COBES

Senhor Coordenador

Em atenção ao solicitado nos doc. 013834138 e 013845007, entendemos que compete a COBES a análise técnica do Projeto de Lei nº 723/17 (013434879), de autoria do Legislativo, cabendo a COJUR a análise jurídica.

Com a edição do Decreto Municipal nº 54.102/2013, combinado com o Decreto Municipal nº 54.829/2014, todos os Órgãos da Administração Municipal Direta e Indireta deverão, obrigatoriamente, na aquisição de bens e serviços, proceder a licitação na modalidade pregão na sua forma eletrônica, por meio da utilização da Bolsa Eletrônica de Compras - BEC, do Governo do Estado de São Paulo, do Portal de Compras do Governo Federal e do sistema Licitações-e, do Banco do Brasil.

Esses sistemas já estão adaptados as normas legislativas vigentes, inclusive a Lei Complementar Federal 123/06 que trata dos benefícios conferidos às micro e pequenas empresas nas contratações.

Nas sessões públicas dos pregões eletrônicos, quando há participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o pregoeiro é alertado pelo sistema quando há empate ficto, ou seja, quando as propostas apresentadas pelas ME e EPP com direito de preferência sejam iguais ou superiores em até 5% (cinco por cento) ao valor da proposta melhor classificada, quando o enquadramento da melhor classificada for outros.

O PL nº 723/2017 propõe que além da preferência as ME e EPP, no critério de desempate das propostas nas licitações, as empresas que adotem programas de integridade em sua estrutura interna também sejam beneficiadas, definindo por empate as propostas apresentadas em valor igual ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

A adoção desse novo critério exigirá a adequação dos sistemas BEC, COMPRASNET e Licitações-e, pelos Órgãos responsáveis, a nova lei municipal, que não terá alcance nacional.

Entendemos também que o critério de 10% (dez por cento), contrasta com a lei licitações 8.666/93 e a Lei de pregão 10.520/2002, as quais já prevêm os tipos de desempates, possíveis, cabe-nos informar que os sistemas utilizados pela PMSP são de outros Órgãos Federativos e não temos acessos operacionais para realizar tais mudanças, que devem impactar na operação dos mesmo, sendo tema para legislação de cada órgão.



Documento assinado eletronicamente por **Roberto Expedito Cândido, Assistente de Gestão de Políticas Públicas**, em 16/01/2019, às 15:15, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **013947424** e o código CRC **EBDOCBEC**.

Referência: Processo nº 6010.2018/0002524-7

SEI nº 013947424

**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO****SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO****SG/COBES - Coordenadoria de Bens, Serviços e Parcerias com o Terceiro Setor**

Viaduto do Chá, nº 15, 8º andar - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01090-000

Telefone:

Encaminhamento SG/COBES Nº 013965253**SG/COJUR**

Senhor Coordenador

Em relação ao Projeto de Lei nº 723/2017, que estabelece critérios de anticorrupção nas licitações públicas, esta Coordenadoria manifestou-se sobre o aspecto técnico do PI no documento SEI n. 013947424.

Assim, acolho a opinião da área técnica e encaminho o feito para análise e manifestação dessa Consultoria Jurídica, conforme solicitado nos documentos SEI n. 013834138/013845007.

COBES, 16 de Janeiro de 2019

*(Assinado Eletronicamente)***PEDRO IVO BIANCARDI BARBOZA**

SMG/COBES - Coordenadoria de Bens, Serviços e Parcerias com o Terceiro Setor

Coordenador Geral



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Ivo Biancardi Barboza, Coordenador**, em 16/01/2019, às 16:06, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **013965253** e o código CRC **BD45E008**.

**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO****SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO****SG/COJUR/ATAJ-G - SMG/COJUR/Assessoria Técnica de Assuntos Jurídicos - Gestão**

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Parecer SG/COJUR/ATAJ-G Nº 014107323

São Paulo, 22 de janeiro de 2019.

INTERESSADO: CASA CIVIL/ATL**ASSUNTO:** PROJETO DE LEI Nº 723/2017.

EMENTA: PROJETO DE LEI, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE ESTABELECE CRITÉRIOS ANTICORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL SOB A PERSPECTIVA DA INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO. ARTIGO 61, §1º, DA CR/88 E ARTIGOS 13, I E 37 DA LOMSP. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL SOB O ASPECTO ORGÂNICO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. ARTIGO 22, XXVII, DA CR/88. JURISPRUDÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 3º E 45, §§2º E 3º, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993. INCOMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 4º, INCISO VIII E SEQUINTE, DA LEI FEDERAL Nº 10.520/2002. CONFLITO COM A LEI FEDERAL Nº 123/2006.

SG/GAB**Senhor(a) Chefe de Gabinete,**

SGM/ATL solicita que esta Secretaria de Gestão se manifeste quanto à viabilidade técnica e jurídica do Projeto de Lei nº 723/2017 (013434879), de iniciativa legislativa, que estabelece critérios de anticorrupção nas licitações públicas.

Referido PL preconiza que a Administração Pública Municipal poderá estabelecer, como critério de desempate em certames licitatórios, a preferência de contratação para empresas que adotem programas de integridade em sua estrutura interna, visando a prevenir e evitar condutas deletérias à municipalidade durante a execução do contrato administrativo (art. 1º).

A norma proposta dispõe, ainda, no artigo 2º, que a cláusula de desempate poderá ser incluída no edital de licitação, desde que não cerceie a competitividade do certame.

O artigo 3º do PL conceitua "programa de integridade", enquanto o artigo 4º aponta que o desempate consistirá na preferência de contratação das empresas que adotem práticas anticorrupção, com a demonstração de programas de integridade em sua organização interna, entendendo-se como empate as propostas apresentadas em valor igual ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada (§1º). Os demais parágrafos do artigo 4º estabelecem o rito procedimental a viabilizar a preferência na contratação estabelecida no *caput* do dispositivo.

Por sua vez, o artigo 5º dispõe que a norma não prejudicará os benefícios da Lei Complementar nº 123/2006.

Encaminhado o expediente à Coordenadoria de Gestão de Bens e Serviços (COBES) para análise técnica, ponderou aquela Coordenadoria, em apertada síntese, o seguinte:

- Que o Decreto Municipal nº 54.102/2013 preconiza que os órgãos e entidades da municipalidade devem, por regra, nas contratações, proceder à licitação na modalidade pregão eletrônico, por meio da utilização da Bolsa Eletrônica de Compras - BEC, do Governo do Estado de São Paulo, do Portal de Compras do Governo Federal e do sistema Licitações-e, do Banco do Brasil;

- Que tais sistemas já estão adaptados às normas vigentes, inclusive em relação à Lei Complementar Federal nº 123/2006;

- Que a adoção desse novo critério exigirá a adequação dos sistemas BEC, COMPRASNET e Licitações-e, que por sua vez não terá alcance nacional;

- Que o critério de desempate de 10% contrasta com as Leis Federal nº 8.666/1993 e 10.520/2002, as quais já preveem os tipos de desempate possíveis.

Por fim, os autos foram encaminhados a esta COJUR, para análise jurídica acerca da norma proposta.

É, em síntese, o relato do necessário.

Sem embargo da evidente boa intenção dos nobres vereadores Caio Miranda Carneiro, Janaína Lima e João Jorge, parece-nos, *data máxima venia*, que o Projeto de Lei nº 723/2017 padece de alguns óbices jurídicos, aptos a maculá-lo por inconstitucionalidade formal e material.

De fato, estabelecer parâmetros e diretrizes para viabilizar a consagração do princípio da moralidade e da impessoalidade no âmbito das licitações públicas é medida salutar, notadamente se levarmos em consideração os efeitos deletérios dos não raros atos ilícitos praticados no bojo de procedimentos licitatórios dos mais diversos entes federativos.

Não obstante, além dos aspectos políticos, sociais e econômicos, a regulamentação da matéria deve observar as balizas jurídicas que a norteiam.

Nesse sentido, serão feitas algumas considerações jurídicas específicas, de forma a possibilitar a compreensão dos motivos pelos quais a norma padece de constitucionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente.

1 – Da constitucionalidade formal sob a perspectiva da iniciativa. Competência do Poder Legislativo propor normas atinentes a licitações e contratos administrativos.

Primeiramente, observa-se que a matéria versada no PL 723/2017 não é reservada à iniciativa do Poder Executivo.

Como é sabido, as normas atinentes ao processo legislativo são de reprodução obrigatória pelos demais entes federativos (vide ADI nº 3555). Com efeito, tais normas, caracterizadas como princípios constitucionais extensíveis, são consideradas centrais para fins de organização político-administrativa da União, devendo ser observadas pelos demais entes federativos.

Nesse íterim, sob a ótica da iniciativa para a propositura de leis, o constituinte teve a oportunidade de estabelecer que determinadas matérias somente poderiam ser propostas pelo Chefe do Executivo. Exemplo disso é o artigo 61, 1º, da Constituição Federal de 1988 (CR/88), abaixo transcrito:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

- b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
- c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)
- d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
- e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
- f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Depreende-se da leitura do dispositivo que a matéria atinente às licitações não foi expressamente elencada como de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, sendo possível seu regramento por meio de lei de iniciativa dos membros do Poder Legislativo. O entendimento em voga também foi adotado no âmbito da ADI 3059/RS.

De mais a mais, uma análise conjunta dos artigos 13, incisos I e II, e 37, *caput* e §2º, ambos da Lei Orgânica do Município de São Paulo, reforça a ideia, no âmbito da municipalidade, de que a Câmara Municipal, através de seus membros, pode deflagrar o processo legislativo por meio da propositura de normas que disponham sobre licitações e contratos administrativos. Nesse sentido:

Art. 13 - Cabe à Câmara, com sanção do Prefeito, não exigida esta para o especificado no artigo 14, dispor sobre as matérias de competência do Município, especialmente: (Redação dada pela Emenda nº 5/1991)

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e estadual, no que couber;

(...)

Art. 37 A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou Comissão permanente da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.

(...)

§ 2º São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre:

I - criação, extinção ou transformação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional;

II - fixação ou aumento de remuneração dos servidores;

III - servidores públicos, municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

IV - organização administrativa e matéria orçamentária; (Redação dada pela Emenda nº 28/2006)

V - desapateamento, aquisição, alienação e concessão de bens imóveis municipais.

Como se vê, a iniciativa para propor leis que tratam de licitações e contratos administrativos não foi contemplada no rol do artigo 37, §2º, da LOMSP.

De ressaltar, por fim, que legislar acerca de licitações e contratos não se confunde com a normatizar aspectos relacionados à organização administrativa, o que poderia atrair a competência exclusiva do Chefe do Executivo. Uma coisa é organizar a máquina administrativa, tal como estabelecer o regime jurídico de servidores públicos do ente federativo; outra é regulamentar as contratações públicas no âmbito local.

Dessa forma, não se vislumbra óbice jurídico, sob a ótica da iniciativa, à proposta dos nobres vereadores.

2 – Da inconstitucionalidade formal – sob a perspectiva orgânica – para legislar sobre normas gerais de licitação (artigo 22, inciso XXVII, da CR/88).

Neste tópico reside a maior celeuma no que toca à (in)constitucionalidade formal da norma proposta.

Consoante preconiza o artigo 22, inciso XXVII, da CR/88, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O conceito de normas gerais não foi trazido pelo legislador federal, cabendo ao aplicador do direito, notadamente a doutrina e a jurisprudência, traçar os contornos adequados à matéria. Trata-se, de fato, de conceito jurídico indeterminado, que pode gerar, a depender da situação, uma indubitável e obrigatória da norma editada pela União a todos os entes federativos, bem como uma incerteza quanto à aplicabilidade de determinado dispositivo aos demais entes.

Referido tema é abordado com maestria pelo Prof. Marçal Justen Filho, senão veja-se:

A fórmula “normas gerais”, utilizada pela Constituição no tocante a licitação e contrato administrativo, não permite uma interpretação de natureza “aritmética”. Ou seja, não existem critérios abstratos e gerais bastantes e suficientes para diferenciar normas gerais e não gerais. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 20)

Não obstante reconheça a indeterminação do conceito, pontua o ilustre autor que há hipóteses de certeza positiva, ou seja, situação em que não restam maiores dúvidas com relação à configuração de determinada norma como geral. Nesse ponto, imprescindível a transcrição de seus ensinamentos:

A expressão “normas gerais” configura-se como um conceito jurídico indeterminado. Isso significa que a aplicação do conceito de “normas gerais” conduz a três situações distintas. Há casos de certeza positiva, em que não há dúvida sobre a configuração de uma norma geral. Tome-se como exemplo o art. 3º, §1º, da Lei 8.666/93, que proíbe a inclusão no ato de convocação de cláusulas que comprometam o caráter competitivo da disputa. É evidente que essa regra configura uma norma geral, aplicável a todos os entes federativos.

(...)

O núcleo de certeza e determinação do conceito de “normas gerais” compreende os princípios e as regras destinadas a assegurar um regime jurídico uniforme para as licitações e as contratações administrativas em todas as órbitas federativas. Trata-se de impor um modelo de licitação e contratação administrativa, a ser obrigatoriamente observado por todos os entes federativos. A uniformidade desse modelo fundamental se orienta à realização de dois fins.

Há, por um lado, a necessidade de assegurar a padronização mínima na atuação administrativa de todos os entes federativos, inclusive daqueles integrantes da Administração Indireta. Essa padronização mínima é indispensável como instrumento de realização do valor da segurança. Se cada ente estatal consagrasse institutos e soluções distintas para as suas licitações e contratações administrativas, o resultado seria a inviabilidade da ampla competição e o surgimento de obstáculos ao livre acesso às contratações administrativas.

Por outro lado, existe a necessidade de padronização para assegurar a efetividade do controle por órgãos externos e pela própria comunidade. A proliferação de regimes licitatórios distintos impediria a adoção de soluções gerais em todas as licitações, o que exigiria o desenvolvimento de instrumentos de controle próprios e específicos. (op. cit, pp. 20/21)

Ato contínuo de análise, o autor, por meio de um juízo de certeza, tratou de elencar um rol de normas consideradas gerais, as quais devem ser observadas pelos demais entes federativos, *in verbis*:

Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração Indireta), atinente à disciplina de:

1. requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa;
2. hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação;
3. modalidades de licitação;

4. tipos de licitação;

5. regime jurídico da contratação administrativa; (op. cit, pp. 20/21)

Cabe salientar, ainda, que os artigos 1º ao 5º da Lei Federal nº 8.666/1993, por disporem de forma geral acerca dos princípios e diretrizes gerais das licitações, enquadram-se no conceito de normas gerais, razão pela qual devem ser obrigatoriamente observadas pelos demais entes federativos.

Nessa ordem de ideias, percebe-se que o Projeto de Lei 723/2017, ao estabelecer critérios de preferência e de desempate além daqueles previstos na norma federal, acaba por ampliar a normatização geral fixada pela Lei Federal nº 8.666/1993, indo de encontro ao estabelecido no indigitado artigo 22, inciso XXVII, da CR/88, que, como visto, estabeleceu que compete à União, de forma privativa, estabelecer normas gerais de licitação.

De mais a mais, a fixação das supracitadas regras preferenciais no bojo da norma municipal acaba por afrontar materialmente o disposto no artigo 3º, §§ 1º e 2º, como será visto adiante. Ressalte-se que esses dispositivos da norma federal, inserido nas disposições gerais da norma, de caráter nitidamente principiológico – isonomia e competitividade –, são de observância obrigatória pelos demais entes federativos, razão pela qual, salvo melhor juízo, não caberia à municipalidade inovar nessa seara.

Acerca da competência da União para o estabelecimento de restrições à isonomia no bojo das licitações, por meio da edição de lei federal de caráter geral, cabe trazer a lume importante e esclarecedor entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS, cuja ementa é transcrita a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF).

1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.

2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequilíbrios entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local.

3. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local.

4. Ao dispor nesse sentido, a Lei Estadual 3.041/05 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos, e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF).

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3735, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, jul. em 08/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168, DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

Ato contínuo de análise, entende-se também que os dispositivos do PL em testilha não tratam somente de aspectos procedimentais do certame licitatório, a atrair a competência suplementar do Município de São Paulo para legislar sobre a matéria. Não seria desarrazoado afirmar que o artigo 4º do PL em voga, com o fito de conceituar e regulamentar a forma de verificação de desempate, acaba por

estabelecer, ainda que totalmente, nova forma de julgamento, criando um tipo de licitação específico, ainda que semelhante às nuances da fase externa do pregão (na ótica da possibilidade de oferecimento de novas propostas). Como é cediço, compete à União legislar acerca da matéria, não sendo facultado aos demais entes inovar a legislação nesse ponto.

Nesse ínterim, a regulamentação das condições de julgamento das propostas em si, por efetivamente configurar um tipo de licitação, não poderia, salvo melhor juízo, ser objeto de regulamentação geral por lei que não fosse da União.

Pode-se apontar também que o PL 723/2017, mesmo que indiretamente, estaria impondo exigências aos licitantes semelhantes a verdadeiros requisitos de habilitação. A título de exemplo, o §3º do artigo 4º da norma proposta, ao estabelecer que não será aplicado o critério de desempate na hipótese de a melhor proposta ser oriunda de empresa que adote programas de integridade, acaba por demandar a verificação, durante o certame licitatório, de quais empresas teriam adotado práticas anticorrupção. Dito de outra forma, para operacionalizar o julgamento, acabar-se-ia estabelecendo certa verificação/habilitação prévia de empresas que se enquadram no rol das que adotam programa de integridade, para fins de oportunização de oferecimento de novas propostas.

Imperioso apontar que o estabelecimento geral dessas exigências – habilitação – também é tema afeto à competência geral da União. Nesse sentido, o Parecer PGM nº 11.822, elaborado pela Douta PGM-AJC, cuja ementa e breve excerto são transcritos abaixo:

EMENTA Nº 11.822

Projeto de lei de iniciativa parlamentar, submetido à sanção, visando impedir empresas de transporte que possuam em seus quadros funcionários não registrados ou em desconformidade com a legislação trabalhista de prestar serviços ao Município e participar de licitações, além de prever a cassação da licença de funcionamento de tais empresas e impedir que seus sócios exerçam o mesmo ramo de atividade. Vícios formais relacionados à competência privativa da União para legislar sobre direito trabalhista, comercial, e normas gerais de licitações. Vícios materiais relacionados aos princípios da isonomia e intranscendência da pena. Inviabilidade de cumprimento da obrigação legal.

(...)

Em segundo, além da falta de competência municipal para legislar sobre o direito do trabalho, também inexistente competência local para introduzir novas exigências para as contratações públicas que não sejam relacionadas à adequada execução do objeto específico do ajuste. Isto porque é amplamente majoritário o entendimento de que o estabelecimento de exigências para os contratantes é matéria de norma geral e, portanto, de competência legislativa da União.

Face a todo o exposto neste tópico, opina-se, salvo melhor juízo, pela inconstitucionalidade formal, esta sob a perspectiva orgânica, do PL 723/2017.

3 – Da inconstitucionalidade material. Violação aos princípios da isonomia, competitividade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Incompatibilidade com os artigos 3º e 45, §§2º e 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993 e com o artigo 4º, inciso, VIII, da Lei Federal nº 10.520/2002

Com relação à análise de constitucionalidade material do PL 723/2017, parece-nos, inobstante a nobre intenção dos parlamentares de garantir a moralidade nas licitações públicas, que alguns dispositivos da norma proposta padecem de inconstitucionalidade.

Ab initio, os artigos 1º, 2º e 4º do PL objetivam viabilizar a operacionalização de critério de desempate, mediante o estabelecimento de margem de preferência e outras prerrogativas às empresas que adotem programas de integridade em sua estrutura interna.

Considerando que referidas prerrogativas não guardam vínculo com o objeto do contrato, (art. 3º, §1º, da Lei Federal nº 8.666/1993), ou com as exceções previstas nos §§5º a 12 do mesmo dispositivo, entende-se que tais artigos da norma municipal proposta violam os princípios da

isonomia/igualdade e da competitividade, indicados expressamente no *caput* do artigo 3º do diploma federal geral.

Pode-se dizer ainda que haverá certa deturpação do princípio da isonomia e da razoabilidade, pois empresas idôneas que não tenham adotado os critérios que norteiam o programa de integridade (de difícil caracterização objetiva no instrumento convocatório e no bojo da licitação), concorrerão em desarrazoada desvantagem, mesmo que não tenham cometido qualquer conduta desabonadora que a impeçam de participar de licitações públicas (art. 87, III e IV, da Lei Federal nº 8.666/1993) ou atendam a todas as condições de habilitação para o certame.

Outrossim, não restou claro como compatibilizar o artigo 2º do PL ao próprio princípio da competitividade. Ao se estabelecer o *discrímen* em dissonância com o previsto na normatização geral acerca da matéria (v.g., Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e LC 123/2006), a norma municipal já viola, por si só, tal princípio, de forma que o artigo 2º, além de incompatível com a efetiva competitividade do certame, é de eficácia duvidosa.

Ato contínuo, depreende-se da leitura dos artigos 2º e 4º do PL 723/2017 que há nítida fixação de critérios de julgamento das propostas, em inovação não autorizada às hipóteses previstas no artigo 3º, §2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que assim preconiza:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

(...)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

Digno de nota, ademais, é o fato de a Lei Federal nº 8.666/1993 estabelecer que o sorteio será o único critério de desempate além daqueles previstos no supratranscrito dispositivo. Assim dispõe o artigo 45, §§2º e 3º, do diploma federal:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior.

De fato, outros critérios foram estabelecidos pela Lei Complementar Federal nº 123/2006 (notadamente seu artigo 44), como bem lembrou o artigo 5º do PL 723/2017. Todavia, referida norma, elaborada à luz do artigo 149, inciso III, alínea "d", da CR/88, tem natureza geral em relação à fixação de

critérios de julgamento em licitações, eis que editada pela União, estando em consonância, ademais, com o disposto no artigo 22, inciso XXVII, da Lei Maior.

Também não ficou claro como o artigo 5º não prejudicará – ou mitigará de qualquer forma – os critérios definidos na Lei Complementar nº 123/2006. Parece-nos que haverá certa zona de incerteza em relação a qual critério será aplicado no bojo do procedimento licitatório, ou se haverá, com o perdão do neologismo, uma “superpreferência” para as ME e EPP que estruturam o denominado programa de integridade.

Prosseguindo no raciocínio, crê-se que o artigo 3º do PL 723/2017 não demonstra de forma objetiva, para fins de aplicação durante o certame licitatório, como uma empresa será caracterizada como possuidora efetiva de programa de integridade. Referida incerteza repercute, por si só, no edital de licitação, que não poderá prever discriminações com base em critérios subjetivos estabelecidos por cada empresa. Ainda, o estabelecimento de requisitos para fins de caracterização da empresa como detentora de programa de integridade acabaria por criar verdadeira hipótese de habilitação. Todas essas questões, salvo melhor juízo, podem contribuir para a violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento objetivo.

Ademais, na senda do que salientado por COBES em sua manifestação técnica (013947424), o estabelecimento de critérios de desempate e de margem de preferência de 10% (dez por cento) como previsto no indigitado artigo 4º do PL contrasta com os ditames da Lei Geral do Pregão (Lei Federal nº 10.520/2002), notadamente o seu artigo 4º, incisos VIII e seguintes, que dispõe sobre o processamento da fase externa dessa modalidade licitatória, senão veja-se:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

Por fim, cabe apenas complementar que a aprovação do PL em voga, com a consequente vigência da lei, demandará, alternativamente, a adaptação do sistema nacional utilizado para as licitações realizadas por meio eletrônico no âmbito municipal - o que nos parece bastante improvável -, ou a própria alteração de toda a regulamentação que disponha acerca dos sistemas que devem ser utilizados por esta PMSP para processar os certames licitatórios (vide Decreto Municipal nº 54.102/2013). Referida situação pode causar grande insegurança jurídica e dificuldades na gestão prática dos sistemas atualmente utilizados e na própria condução da fase externa da licitação.

Dessa forma, o PL em voga, tal como proposto, padece de constitucionalidade sob a perspectiva material.

4 – Conclusão

Ante o exposto, opina-se no sentido da inconstitucionalidade formal, sob a perspectiva orgânica, do Projeto de Lei nº 723/2017, por violar a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos (artigo 22, inciso XXVII, da CR/88).

Entende-se, ademais, que a norma proposta padece de inconstitucionalidade material, por violação aos princípios da isonomia, competitividade, vinculação ao instrumento convocatório e

juízo objetivo, bem como aos artigos 3º e 45, §§2º e 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, e artigo 4º, inciso VIII e seguintes, da Lei Federal nº 10.520/2002.

É, salvo melhor juízo, o entendimento desta COJUR.

À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **João Gabriel Veiga Lima Ferreira Mendes, Procurador do Município**, em 28/01/2019, às 16:57, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



Documento assinado eletronicamente por **Cristiano de Arruda Barbirato, Coordenador Geral**, em 28/01/2019, às 18:29, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **014107323** e o código CRC **4F76830B**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO
SG/COJUR/ATAJ-G - SMG/COJUR/Assessoria Técnica de Assuntos Jurídicos - Gestão
Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900
Telefone:

Encaminhamento SG/COJUR/ATAJ-G Nº 014108441

São Paulo, 22 de janeiro de 2019.

INTERESSADA: PREF/CASA CIVIL/ATL

ASSUNTO: PL Nº 723/2017, QUE ESTABELECE CRITÉRIOS ANTICORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS. PEDIDO DE SUBSÍDIOS.

Casa Civil/ATL

Senhora Procuradora Assessora,

Em resposta ao documento de nº 013834138, por meio do qual V. Sa. solicita manifestação por esta Pasta acerca do projeto de lei em epígrafe, restituo o expediente com a Manifestação Técnica de COBES (013947424) e como o Parecer Jurídico de COJUR (014107323), que acolho, para as demais providências em prosseguimento.



Documento assinado eletronicamente por **Fábio Teizo Belo da Silva, Chefe de Gabinete**, em 30/01/2019, às 11:05, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **014108441** e o código CRC **B9CF4969**.