

## FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS BÁSICOS DE UMA LEI PARA AS COMPRAS GOVERNAMENTAIS

Os fundamentos e os princípios essenciais contidos na Lei 8666, chamada lei de licitações, foram nela inseridos para se cumprir o disposto no inciso XXI do Art. 37 da Constituição e com o objetivo de preservar a isonomia, a moralidade, a justiça e o interesse público nas contratações de compras, serviços e obras da Administração Pública.

*Art. 37 ...*

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública** que **assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam **obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as **exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**. (Regulamento)*

### OS QUATRO FUNDAMENTOS DO ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO

#### **1-) Contratação mediante licitação pública.**

É fundamental a garantia da transparência nas contratações, fator essencial para permitir a avaliação da sociedade quanto à correção e a conveniência do gasto governamental, e assegurar a isonomia e a lisura dos procedimentos licitatórios e contratuais.

#### **2-) Direito isonômico de participação de todos que demonstrem ter real capacidade.**

Esse fundamento advém do pilar básico da democracia, que é a igualdade de todos perante a Lei. Diferentemente das contratações privadas, a contratação de execução de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços públicos deve assegurar o direito isonômico de participação a todos que demonstrem ter capacidade de cumprir o contrato. Isso impede, inexoravelmente, a liberdade de escolha do contratado por decisão pessoal dos administradores de órgãos governamentais, que quase sempre gostariam de possuí-la, e chegam mesmo a, equivocadamente, defender como boa para a gestão pública.

Sendo já uma determinação constitucional, não vamos tecer mais considerações sobre os benefícios desse mandamento nas contratações públicas, embora sejam eles inúmeros, entre os quais ressaltamos a vedação de privilegiar ou perseguir concorrentes, inclusive por razões políticas.

#### **3-) Obrigação de pagamento e manutenção das condições efetivas da proposta.**

Um dos mecanismos mais perniciosos utilizados pelos maus administradores antes da Lei 8666 era o descompromisso legal com os pagamentos das obras e serviços contratados, que permitia aos irresponsáveis contratar fornecimentos para o governo sem a existência de recursos, e aos corruptos, utilizar o pagamento dos serviços executados como moeda de coação para conseguir doações espúrias, altamente minadas de práticas lesivas à moral e ao interesse público.

Esse fundamento constitucional também obriga a manutenção, ao longo da execução do contrato, das condições efetivas da proposta, o que impõe o direito ao reajustamento de cada valor pago, para cobrir os aumentos inflacionários dos custos, evitando assim que o proponente tenha de acrescer aleatoriamente os preços da sua proposta para cobrir a estimativa da inflação futura.

Uma lei posterior à Lei 8666, contrariando esse princípio constitucional, impôs que esses reajustamentos sejam feitos somente a cada ano. Seria saudável e do interesse público permitir a volta do cumprimento correto do que consta na Lei 8666, em consonância com a determinação constitucional.

#### **4-) Exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Esse é um dos fundamentos mais discutidos na definição da Lei. Ele objetiva que as exigências de qualificação para participação na licitação não sejam maiores do que as necessárias para garantir as obrigações, a fim de não excluir concorrentes habilitados, ao mesmo tempo em que indica que deve haver exigência de prova de capacidade, para evitar a participação de aventureiros incapazes de cumprir as obrigações assumidas.

DOZE PRINCÍPIOS CRUCIAIS DE UMA LEI DE LICITAÇÃO, INCORPORADOS NA LEI 8666

#### **1-) Existência prévia de projeto e orçamento corretos, que permita a clara definição do objeto da licitação.**

É a existência prévia de um projeto com o competente orçamento, a condição essencial para que a sociedade possa julgar se, pelo valor a ser gasto, o objeto da licitação deve ser a prioridade do governo, e se vai ser pago um preço correto por ele. É um projeto bem feito e bem orçado que produzirá obras de maior qualidade e fará o governo ganhar tempo e gastar menos na sua execução. É o projeto prévio com o devido orçamento que pode definir claramente o objeto da licitação e impedir que a sua contratação seja feita por preços abusivos ou inexequíveis. É o projeto correto que impede os proponentes de apresentar propostas irresponsáveis e intencionalmente com preços abaixo dos custos para vencer a licitação, por saber que depois poderá elevá-los mediante aditivos escusos para suprir as lacunas, as falhas ou a falta do projeto prévio.

Por incrível que pareça, o RDC acabou com a exigência, de fato, de qualquer projeto prévio e orçamento confiável para licitar a construção de uma obra. A começar pelo Art. 5º, que sinaliza a fragilização da definição do objeto da licitação, ao *vedar especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias*. Que mal pode fazer uma especificação o mais detalhada possível do objeto licitado? Essa fragilização é para justificar que, mesmo nos casos em que se pode ter orçamento prévio ele é apenas **estimado**, como está determinado no Art. 6º, e é sigiloso, nunca podendo ser fornecido nem para os concorrentes nem para conhecimento da sociedade a fim de ela saber qual o valor da obra e se ela deve estar entre as corretas prioridades. O mais grave, porém, é a licitação sob o regime de **contratação integral**, definida no Art. 9º, em que o objeto é, conjuntamente, a elaboração dos projetos básico e executivo, e a execução da obra. A definição do objeto da licitação, constante do Art. 9º, § 2º, inciso I consiste apenas de *documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço!* Cada proponente realizará um projeto diferente dos outros, sem possibilidade de se fazer comparação dos preços ofertados por critério objetivo e isonômico.

Pode-se imaginar as modificações possíveis no projeto, que serão “acertadas” com o vencedor da licitação para baixar o custo da execução sem baixar o valor do contrato. Isso fica fácil de fazer porque não há parâmetro para comparação com o custo verdadeiro, que se refere a um objeto que, no edital, não estava definido qual era. Assumir a responsabilidade de execução de uma obra nessas condições somente é possível sendo por preços muito elevados para suportar as imensas indefinições e imprevisões, ou sabendo que a “flexibilização possível” será feita, sempre que necessária para assegurar a sua viabilidade econômica. Caso contrário, dar preço para executar uma obra de que se conhecem apenas alguns elementos que permitem a sua **caracterização** é um desacato ao bom senso.

#### **2-) Publicidade da licitação e das suas exigências, garantido prazos suficientes para o seu cumprimento.**

Basta o descumprimento dessa garantia para o administrador poder alijar os interessados que quiser e entregar o contrato a quem desejar. Mesmo que os concorrentes tomem conhecimento das exigências constantes do edital da licitação, se não houver prazo suficiente para atendê-las estarão excluídos do processo licitatório. Por exemplo, se o edital pudesse dar um prazo de apenas três dias a partir da sua publicação para a preparação de uma complexa proposta, somente aquele que tivesse obtido essa informação anteriormente, de forma privilegiada, poderia participar da licitação e, portanto, ser o seu vencedor.

Embora pareça um escárnio, o Art. 15 do RDC, na contratação integrada, estipula o prazo de 30 dias da publicação do Edital para a empresa executar os estudos geológicos, o projeto da obra que lhe permita fazer um orçamento confiável e preparar uma proposta responsável, mesmo que o objeto seja a construção de Belo Monte ou a estrada de ligação de Belém a Manaus.

Qualquer operador da engenharia sabe que, dependendo das características e do porte da obra, somente terá condições de participar seriamente de tal tipo de licitação quem tenha o privilégio de tomar “conhecimento dos seus detalhes” uns 10 meses antes da publicação do Edital. Precisaria também dispor de uma pequena fortuna para realizar o projeto, naturalmente sem correr o risco de perder a concorrência e não receber esse grandes gastos efetuados, que seriam totalmente desperdiçados se outro concorrente ganhasse a obra.

### ***3-) Utilização de critérios objetivos no julgamento das propostas.***

Os critérios subjetivos de julgamento das propostas, como eram permitidos antes da Lei 8666, foram uma forma muito usual, eficaz e disfarçada de direcionar as concorrências, com todos os venenos que disso decorriam. A aplicação de notas de avaliação da “qualidade” das propostas, que nada mais eram do que papéis que se podiam encomendar a especialistas em “enrolação”, permitia a comissões de julgamento convenientemente escolhidas classificar em primeiro lugar a empresa “desejada”.

Analise o que dispõe o Art. 9º, § 2º, inciso I, combinado com outros dispositivos do RDC, para ver uma das várias portas escancaradas que ele abre para a utilização desse artifício escabroso.

### ***4-) Vedação de exigência de prova de capacidade técnica desnecessária para o objeto licitado.***

Esse foi o princípio mais difícil de ser estabelecido objetivamente na Lei 8666, que, inclusive, ficou com uma lacuna, principalmente em função dos vetos presidenciais efetuados aos dispositivos sobre comprovação de capacidade técnica aprovados pelo congresso após complexas negociações com os interessados.

Esses vetos propiciam interpretações jurídicas opostas no texto promulgado, cuja jurisprudência não está unanimemente estabelecida, ensejando que o mal intencionado use essa dubiedade de interpretação para fazer exigência de comprovação técnica absolutamente desnecessária, desclassificando concorrentes com real capacidade de executar os trabalhos, com o objetivo de direcionar a concorrência para seu preferido.

Esse é um ponto da Lei 8666 que deve ser aprimorado, nem que seja com a adoção do texto vetado quando da sua promulgação.

Vamos entregar na Comissão da Câmara dos Deputados uma sugestão de texto alternativo que elimina essa perversão disfarçada.

### ***5-) Estabelecimento de preço teto para que uma proposta possa ser aceita.***

Esse é um dos dispositivos mais importantes da Lei 8666, que, se obedecido corretamente, evita qualquer possibilidade de práticas que conduzam à contratação de uma obra ou prestação de serviço com preços abusivos. O governo deve dispor de um projeto e de um orçamento confiáveis e estabelecer o lucro máximo entendido como razoável, e assim está impedida qualquer possibilidade de abuso de preço, ainda que haja a cartelização de todos os interessados na licitação, que não poderão impor qualquer preço abusivo, dado o limite correto que o governo estabeleceu.

Pois o RDC teve a ousadia de impedir a aplicação desse mecanismo limpo, lógico, racional e eficaz para impedir contratações com preços superfaturados, ao não exigir a existência de projeto e, portanto, não poder determinar o preço de custo da obra, quanto mais um teto adequado. Naturalmente dirão que existirá um *orçamento previamente estimado*, como mencionado no Art. 6º, ou a determinação de um *valor estimado da contratação*, como estabelecido no Art. 9º, § 2º, inciso II. Estimado com confiabilidade? Estimado com fundamento em quê, se

não existe sequer um projeto básico para orçar? Teria um palpite de estimativa desse tamanho o poder de proteger o governo contra preço abusivo e de informar à sociedade quanto custará de fato essa obra, para que ela possa decidir se essa deve ser a prioridade de investimento? Sobre o conhecimento do preço pela sociedade, aliás, ele só existirá depois do contrato assinado, já que mesmo esses valores estimados são sigilosos e não são dados conhecimento nem aos concorrentes nem à sociedade.

#### **6-) Desclassificação de propostas com preços inexequíveis.**

Esse é outro princípio que a lei 8666 não pôde dispor de forma mais adequada. O limite objetivo de preço mínimo considerado inexequível pela lei é desmesuradamente baixo (grosso modo, menor que 70% do valor do orçamento feito pelo órgão). Isso permite aceitar propostas com preços muito abaixo dos custos, o que não é positivo nem para o governo, nem para a saúde do setor econômico, nem para a garantia da execução da obra, nem para evitar que a empresa busque “corrigir” seus preços de maneira forçada e disfarçada durante a execução do objeto contratado sob a alegação e ameaça de não poder cumprir o contrato.

Esse é outro dispositivo da Lei 8666 que deve ser aprimorado, com o estabelecimento de uma fórmula mais adequada para a determinação do menor preço exequível.

Vamos enviar à Comissão da Câmara dos Deputados a sugestão de texto de dispositivos para tratar adequadamente essa questão.

#### **7-) Punições severas por descumprimento contratual de contratado e contratante.**

Esse princípio está bem disposto na Lei 8666 no que concerne às severas penalizações impostas ao contratado inadimplente. Todavia, ficou uma lacuna no que concerne à punição do contratante pelos atrasos de pagamento, ao não obrigar, além da correção monetária que ela já estabelece, a definição do valor da multa e juros pelos atrasos de pagamentos que o governo venha a incorrer. É simples a introdução de um parágrafo estabelecendo isso.

Vamos enviar à Comissão da Câmara dos Deputados a sugestão de texto de dispositivos para tratar adequadamente essa questão.

#### **8-) Direito do contratante rescindir o Contrato e assumir a obra quando o contratado descumprir-lo.**

Esse princípio está bem disposto nos artigos 77 a 80 da Lei 8666, que, além das multas severas, dá todo poder para o contratante sumariamente rescindir o contrato e declarar a proibição de participação em licitação pelo período de dois anos do inadimplente que retarde os trabalhos, desobedeça a fiscalização ou execute com imperfeições inaceitáveis os serviços que contratou.

#### **9-) Estabelecimento do prazo máximo de 30 dias para pagamento dos trabalhos executados.**

Essa obrigação já está explicitamente estabelecida na Lei 8666. O que falta é a definição mais clara e forte das penalizações pelo seu descumprimento, cuja indicação de que deva existir já está também explicitada na Lei. Seria bom também deixar mais explícito o direito do contratado parar a obra no caso de qualquer atraso nos pagamentos.

Vamos enviar à Comissão da Câmara dos Deputados a sugestão de texto de dispositivos para tratar adequadamente essa questão.

#### **10-) Direito do contratado rescindir o contrato por atraso de pagamento superior a 90 dias.**

Dispositivo claramente estabelecido nos mesmos artigos 77 a 80 da Lei 8666, sem qualquer dúvida quanto a sua interpretação.

### **11-) Obrigação dos pagamentos serem efetuados na ordem cronológica das suas exigibilidades.**

Dispositivo constante da Lei, mas muitas vezes descumprido por artifício de alocação de verbas diversas no orçamento, dando preferência daquelas que pode realmente dispor aos privilegiados preferidos. Essas distorções são facilmente corrigíveis por um decreto ou, melhor ainda, por um singelo aprimoramento da Lei.

Vamos enviar à Comissão da Câmara dos Deputados a sugestão de texto de dispositivos para tratar adequadamente essa questão.

### **12-) Vedação de exigência de financiamento pela empresa contratada para a execução dos trabalhos.**

Na Lei original essa vedação era indiscutível para evitar que o casamento da obtenção do financiamento com a execução da obra permitisse um enorme benefício aos mais poderosos (podendo estes até conseguir a exclusividade na participação na licitação), e ensejasse indesejado e escamoteado endividamento público.

Todavia, em uma das modificações da Lei 8666 abriu-se uma porta para a reintrodução desse veneno, e ainda com maior gravidade, como pode ser visto pelo texto do § 11 do Art. 3º, abaixo transcrito, que foi introduzido pela Lei 12.349 de 2010, e que deve ser simplesmente suprimido:

*Art. 3º....*

*.....*

*§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010).*

Por esse texto depreende-se qual é a predominância das intenções nas permanentes buscas de modificações da Lei 8666 que têm sido apresentadas ao Congresso com os falsos rótulos de “aprimoramento” e “modernização” da Lei. No novo dispositivo, notem, colocaram a expressão **processo isonômico**, que no contexto não significa nada, para iludir aos que desconhecem esses caminhos escabrosos. Na verdade, com esse dispositivo e uma boa criatividade, podem-se excluir todas as empresas de porte pequeno e médio do processo licitatório.

Porto Alegre, 08 de abril de 2015

Luis Roberto Ponte

Autor do PL que originou a Lei 8666