

À COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS CRIADA PARA APRIMORAR A LEI 8666

SUGESTÕES PARA APRIMORAMENTO DE ALGUNS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 8.666 PARA EVITAR AS DISTORÇÕES ATUAIS NA SUA APLICAÇÃO, ORIUNDAS DE LACUNAS PELOS VETOS PRESIDENCIAIS, DE MÁ INTERPRETAÇÃO, OU DE MAUS DESEJOS

Cabe, preliminarmente, indagar se é lógica e conveniente a existência de dois regimes jurídicos distintos com o idêntico objetivo de regulamentar o mesmo dispositivo da Constituição, o inciso XXI do Art. 37, que estabelece os fundamentos da lei que deve instituir as normas para as licitações destinadas às aquisições e vendas governamentais, e para os contratos da Administração Pública.

A Lei 8666, que faz essa regulamentação, foi aprovada após dois anos de profundo debate na sociedade e, principalmente, na Câmara e no Senado, onde foi relator o Senador Pedro Simon. Tendo em vista a intensidade daqueles debates, a fundamental importância da Lei e a relevante consolidação da jurisprudência resultante de duas décadas da sua aplicação, o mais adequado para aprimorar essas normas é realizar uma grande análise da Lei 8666, promovendo as eventuais alterações dos pontos que a sua exitosa aplicação ao longo de 20 anos indique como convenientes para esse aprimoramento.

É imprescindível que essa análise e as eventuais modificações tenham a participação efetiva dos operadores da lei e dos setores que contratam as compras públicas, que sabem, como ninguém, como legislações equivocadas ou insuficientes lesam o interesse público e lhes privam da isonomia, da proteção da justiça e dos demais princípios estabelecidos no inciso XXI do Art. 37.

Não podemos ser conduzidos para a aventura de modificar perniciosamente pontos fundamentais já amadurecidos, essenciais à preservação dos princípios constitucionais e do interesse público, movidos por impulsos para resolver problemas de demora nas contratações públicas, equivocadamente atribuídos à infame acusação de que tais postergações são devidas à complexidade da Lei 8666.

Tais impulsos já geraram a aberração, ainda não totalmente percebida, do RDC, que, em nome do bem público, enseja o direcionamento malévolo das contratações de obras, introduz critérios subjetivos de julgamento, suprime o direito constitucional dos participantes à isonomia de tratamento, facilita a corrupção e legaliza os mecanismos de fraudes.

Além de conter, dentre outros, todos esses graves inconvenientes ao interesse público, já se pode ver que o RDC, ao contrário do seu declarado objetivo, não resolveu, e até

ampliou, o problema das protelações nas contratações, cujas causas são outras, a principal das quais é precisamente o descumprimento da Lei 8666.

Por essas razões sugerimos os seguintes aperfeiçoamentos de dispositivos da Lei 8666, com os acréscimos em **vermelho**, e as supressões em **vermelho** e **tachado**.

1-) No Artigo 3º: suprimir o § 11.

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.

.....

~~§ 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.~~

Esse dispositivo foi introduzido na Lei 8666 em 2010, pela Lei nº 12.349.

Ele deve ser suprimido porque só serve para descumprir o princípio da isonomia dos participantes, introduzir critério subjetivo de julgamento e permitir o direcionamento da licitação.

2-) No Artigo 5º: suprimir uma expressão no caput, e adicionar o § 4º com a redação que se segue:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, ~~para cada fonte diferenciada de recursos,~~ a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

§ 4º A obediência à ordem cronológica dos pagamentos prevista no "caput" poderá ser aplicada de maneira independente para as obrigações vinculadas a uma fonte específica de recursos, desde que tal vinculação seja formal e explicitamente justificada e determinada anteriormente ao processo licitatório que lhes deu origem.

Muitos órgãos usam como mecanismo para descumprir a ordem cronológica dos pagamentos, o artifício de criar uma cronologia específica para cada fonte diferenciada de recursos, o que permite pagar de forma privilegiada aos *amigos*. O que a lei quis foi apenas permitir a um órgão, que esteja atrasando seus pagamentos usuais, pagar em dia um contrato especificamente financiado por fonte de recursos de organismo diverso.

É simples definir com clareza essa correta intenção da lei, impedindo os artifícios usados abundantemente para desrespeitar esse importante dispositivo que impede odiosos privilégios, mediante a supressão, no caput, da expressão: *para cada fonte diferenciada de recursos*, e a introdução do novo parágrafo 4º, como acima redigido em vermelho:

3-) No Artigo 7º: acréscimo do § 10, com a redação que se segue, para dificultar a desobediência dos editais às exigências dos artigos 6º e 7º, que são fundamentais para a proteção do interesse público contra preços abusivos e aditivos para viabilizar a utilização de jogo de planilhas.

Art. 6º Para o fim desta lei, considera-se:

.....

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem 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, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Art. 7º

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, assinado por responsáveis técnicos com habilitação legal;

.....

§ 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

.....

§ 10º A Administração Pública disponibilizará, através dos melhores meios eletrônicos de que dispuser, os quantitativos e os preços unitários e totais das obras e serviços que contratar, até 30 (trinta) dias da assinatura do contrato e, novamente, na sua conclusão, até 60 (sessenta) dias da obtenção dos valores finais, mantendo-os pelo prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias.

Os dispositivos acima transcritos dos Art. 6º e 7º são os pontos mais importantes e desobedecidos, com grande potencial para mudanças espúrias de projetos, direcionamento de concorrências, e “acertos” prejudiciais ao erário.

As definições da lei sobre a exigência de projeto e orçamento prévios são absolutamente claras e adequadas. Mesmo assim, muitas vezes, são ignoradas. Uma regulamentação por decreto deveria complementar ainda mais o que a lei pretendeu ao exigir projeto básico com a obrigação da existência de um meticuloso orçamento, obrigatoriamente disponibilizados na licitação, para evitar as desobediências e interpretações intencionalmente distorcidas que criam brechas para a criação de privilégios.

Sabemos que há muitas pessoas qualificadas defendendo a troca da exigência de projeto básico por projeto final de engenharia, o que, em tese, sempre é melhor. A sustentação maior dessa tese é a idéia de que o projeto de engenharia além de mais perfeito, é imutável, o que, quase sempre, não é verdadeiro.

Um correto projeto básico pode estar muito mais próximo do que realmente vai ser executado do que um mau projeto de engenharia final. Por outro lado, o detalhamento excessivo que um projeto final de engenharia exigiria, pode implicar em sérias dificuldades para se realizar uma licitação. Por exemplo, a de exigir demoradas e

dispendiosas sondagens em vastíssimas áreas onde se implantarão rodovias, na busca de prever com exatidão características das camadas geológicas, que serão naturalmente determinadas durante a própria execução dos trabalhos, sem implicar em despesas e criar qualquer problema.

O importante, seja qual for o nome que se dê ao projeto exigido na licitação, é que ele contenha os elementos corretos que permitam fazer um orçamento confiável e real, conforme está previsto na Lei 8666, com um adequado nível de detalhamento.

Isso pode ser reforçado com a introdução de parágrafo prevendo sérias penalizações aos autores de projetos básicos errados ou insuficientes para a preparação de um correto orçamento. Naturalmente, serão aceitas as alterações decorrentes das naturais impreviões geológicas e das usuais adaptações do projeto em decorrência do surgimento, ao longo da execução, de alterações do interesse público.

A qualidade do projeto e do conseqüente orçamento poderá ser aquilatada pela comparação entre os quantitativos do orçamento licitado e os quantitativos finais da obra, pelo que se sugere o acréscimo do § 10º ao Art. 7º, com a redação acima, em vermelho.

A divulgação das quantidades de obras e serviços e os correspondentes preços no início e na conclusão do contrato também visa a coibir que a Administração favoreça contratados, mediante a indevida ampliação do objeto ou a indevida majoração de preços.

4 -) Nos Artigos 25 e 26: pequenos retoques no § 1º do Art. 25 e no caput do Art. 26, além da adição do inciso V ao parágrafo único do Art. 26, para combater as fraudes nas dispensas de licitação.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I

....

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial

I.....

.....

*§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, **notoriedade, conceito e essencialidade estas que deverão ser obrigatoriamente atestadas por instituições da sociedade de reconhecida credibilidade no campo da especialização arguida.***

.....

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial e nos meios eletrônicos de divulgação da maior unidade da Administração Pública envolvida e para notificação ao órgão de fiscalização da atividade pertinente, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

V - parecer de Comissão de Sindicância ou Especial, designada no mesmo ato de declaração da dispensa de licitação com base no inciso IV do Art. 24, com participação de membros externos à unidade administrativa envolvida, a ser emanado até 15 (quinze) dias da mesma data, com o fim de apurar a responsabilidade pela situação de urgência ou emergência, para fins das sanções cabíveis.

Esses artigos cuidam dos casos de dispensabilidade e inexigibilidade de licitação. O gestor público adora poder contratar suas obras, bens e serviços sem ter que obedecer a Constituição e assegurar a todos o direito de disputar a licitação, como manda a constituição. Naturalmente há casos em que não existe possibilidade de competição, portanto é inexigível a licitação, e outros, como os casos reais de emergências, em que se deve dispensar a licitação por causa dos prazos mínimos que são necessários para assegurar o direito de todos concorrerem e se defenderem contra eventuais abusos do administrador.

A proposta visa a coibir a chamada emergência “fabricada”, quando o agente público, deliberadamente, deixa de adotar com a antecedência necessária as providências necessárias para realização de licitação, com o intuito de celebrar contrato com dispensa de licitação,

O problema, portanto, são as fraudes, os abusos e os exageros, que devem ser permanentemente evitados. Para reduzi-los, estamos propondo duas pequenas modificações nos artigos 25 e 26, que são auto explicativas e estão transcritas em vermelho nos textos acima propostos.

5 -) No Artigo 30: retoques no § 1º e introdução dos incisos II e III, retoque no § 2º e introdução dos incisos I a IV, introdução de um novo parágrafo, como § 3º, renumerando-se os demais, retoque no antigo § 3º, e introdução de mais um novo parágrafo, como § 14, com dois incisos. Isto tudo para melhor definir os limites da exigência de comprovação de capacidade técnica, evitando uma usual e eficaz forma de direcionar a licitação.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A exigência de comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, ~~será feita por~~ limitar-se-á a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - capacitação técnico-operacional: comprovação, por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, de experiência anterior da licitante na execução de obra ou serviço com características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

III - comprovação, através de declaração formal ou documentos pertinentes, de que dispõe dos recursos necessários para a execução dos trabalhos, em termos de gestão e pessoal técnico.

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório, vedada a exigência de comprovação de:

I - qualquer item de obra ou serviço com especificidade irrelevante;

II - no caso de capacitação técnico-operacional, de quantidades de obras e serviços superiores a 50% daquelas previstas no objeto licitado;

III - item ou itens de obra ou serviço cujos valores previstos no objeto da licitação, isolados ou somados, não ultrapassem 4% do valor estimado do contrato a ser firmado;

IV - itens referentes a bens e serviços caracteristicamente fornecidos por empresas ou profissionais especializados, a menos que admitida a comprovação da aptidão por tais especialistas, na condição de consorciado ou subcontratado.

§ 3º Para comprovação de capacitação técnico-operacional, será sempre admitida a somatória de quantidades de obras e serviços de até três atestados para cada parcela de maior relevância técnica e de valor significativo fixada no instrumento convocatório, vedada a limitação temporal para aceitação dos atestados;

§ 4º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, condição esta que poderá ser atestada por órgão ou entidade profissional competente.

§ 5º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

.....

§ 14. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual ele tenha feito parte, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica, quando o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciada individualmente:

I - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio homogêneo de engenharia, todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas integralmente para cada uma das empresas consorciadas;

II - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciada de acordo com os respectivos campos de atuação de cada uma.

Este é, provavelmente, o conjunto de dispositivos de uso mais distorcido, e mais eficaz para eliminação de interessados competentes e o direcionamento intencional das licitações, na maioria das vezes com intenções ruins para o País.

O embasamento maior para essas distorções intencionais resulta dos vetos que foram feitos no projeto aprovado pelo congresso, que deixaram a possibilidade concreta de interpretações da lei até opostas umas das outras. É, portanto, fundamental, e perfeitamente possível e jurídico, uma adequada regulamentação desse artigo, como, aliás, de certa forma, vêm fazendo alguns órgãos, para evitar, exemplificativamente:

- Exigência de número mínimo de atestados comprovando o mesmo serviço.
- Exigência de atestados de obras concluídas há um determinado limite de tempo.
- Exigência de atestados de obras com valores monetários mínimos.
- Exigência de comprovação de execução de serviços:
 - com quantidades incompatíveis com as do objeto da licitação.
 - com diminuta expressão financeira na obra.
 - com especificidade irrelevante, como, por exemplo, de revestimento tipo asfalto borracha, que não é senão CBUQ com adição na mistura de borracha granulada, ou de concreto com microsíllica, que se trata de uma simples adição de produto na massa do concreto.

O melhor, porém, é fazer as adaptações e complementações nesses dispositivos, como acima sugeridas em vermelho, para evitar essas distorções perniciosas:

6 -) Artigo 31: sugestão para que se defina, por especialistas, limites para os índices referidos no § 5º, motivo de abusos usuais para desclassificar empresas saudáveis.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

.....

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Apesar da clara determinação do § 5º vedando a exigência de índices e valores desnecessários ou descabidos, este conjunto de dispositivos tem sido muito utilizado para eliminar das concorrências, indevida e perniciosamente, empresas financeiramente muito saudáveis, mediante a adoção de verdadeiras aberrações de limites mínimos ou máximos de determinados índices a serem cumpridos. A forma eficaz de impedirem-se essas aberrações é elencar todos os índices financeiros que podem ser solicitados, com os respectivos limites dos valores mínimos ou máximos a serem exigidos, o que pode ser resolvido facilmente com um novo parágrafo que deve ser redigido com a contribuição de entidade especializada em análises de capacidade financeira.

7 -) Artigo 40: não se está propondo texto corretivo das graves distorções que a não obediência a alguns desses incisos, entre eles os **IV, XI e XIV**, provoca. Os comentários abaixo dão, quem sabe, uma pista para a redação de algum dispositivo que penalize severamente quem desobedeça a esse artigo.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XII - [\(Vetado\)](#). [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

Apesar da clara determinação mandatária dos dispositivos, ainda há órgãos que não cumprem muitos deles, havendo alguns que são desrespeitados por quase todos os órgãos contratantes, como o inciso XIV, que determina a necessidade de se estipular o pagamento no prazo máximo de 30 dias, de se fixar critério de atualização financeira até a data do pagamento, bem como de se estabelecer compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos de pagamentos.

O inciso XI, determina com clareza que deverá haver reajustamento relativo ao período compreendido entre a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento. Esse dispositivo tem uma limitação atual determinada pela legislação decorrente do Plano Real, que limitou a períodos anuais os cálculos dos reajustamentos. Muitos órgãos confundem-se com a lei que limitou esses reajustamentos a períodos anuais, e, para exemplificar um dos casos, quando o prazo previsto no edital para execução da obra é inferior a um ano, não os concedem mesmo que a execução seja efetuada já tendo decorrido mais de um ou dois anos da apresentação da proposta devido a retardamentos na assinatura do contrato ou a prorrogações do prazo contratual.

O inciso IV obriga a entrega do projeto básico onde está prevista a obrigação da existência de orçamento detalhado, o qual, muitas vezes, não é fornecido, sobretudo nas concorrências com recursos de empréstimos internacionais.

É simples estabelecer uma regulamentação desses dispositivos de modo a fazer com que, no que concerne a execução de obras públicas, passemos a vivenciar um verdadeiro Estado de Direito, com o total respeito à lei que regra essa essencial atividade do País.

Melhor ainda, porém, é inserir parágrafos a serem redigidos definindo as penalizações e compensações financeiras por inadimplementos, e explicitar e reforçar a obediência das exigências acima, particularmente sobre os períodos de reajustamento e de atraso de pagamento, e a obrigação de fornecimento, sempre, de competente orçamento assinado por responsável técnico habilitado.

8 -) O Artigo 42: introdução do § 6º, para evitar que os Editais de obras com financiamento de organismos internacionais excluam, sem necessidade, normas da lei 8666, para facilitar a fraude e o direcionamento de contratações de obras, como ocorre seguidamente.

Art. 42

.....

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

§ 6º Para que uma licitação possa contrariar qualquer dispositivo desta lei na aplicação do disposto no paragrafo anterior é obrigatória uma declaração prévia da autoridade maior do organismo financiador ou doador dos recursos exigindo, por escrito, especificamente, a não

obediência do dispositivo que o órgão licitante alegue não poder utilizar na licitação por imposição do organismo internacional.

Embora a clareza do dispositivo, que somente permite aceitar outros critérios de julgamento recomendados por organismos internacionais, **“desde que por eles exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior”**, ele vem sendo utilizado largamente para negar a aplicação da lei 8666 e, perniciosamente, aceitar preços exorbitantes e direcionar as concorrências com recursos de financiamentos internacionais.

Para evitar tudo isso basta o decreto de regulamentação estabelecer a obrigatoriedade de uma declaração da autoridade maior do organismo financiador ou doador dos recursos exigindo, por escrito, especificamente, a não obediência do dispositivo da lei 8666 que o órgão licitante alegue não poder utilizar por imposição do organismo internacional, o que está explicitamente previsto na lei 8666.

Melhor ainda é inserir um novo parágrafo dizendo isso, que é a nossa sugestão transcrita acima, em vermelho:

9 -) Artigo 48: retoques importantíssimos nos parágrafos primeiro e segundo, para definir objetivamente, e com realismo, o que são preços inexequíveis que não devem ser aceitos, como determina a Lei, cuja ausência de critério correto é a grande causa do fracasso de inúmeros contratos e da paralização de muitas obras públicas.

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, **devendo ser desclassificadas**, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a **80 70% (oitenta setenta por cento)** do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a **7050% (setenta e cinquenta por cento)** do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a **90 80% (noventa e oitenta por cento)** do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor **da proposta e o valor do**

~~orçamento do órgão resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.~~
(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Esse é o dispositivo que, se melhor definido e bem interpretado e aplicado, protege completamente o órgão público contra qualquer possibilidade de preços abusivos, mesmo no caso de suposto entendimento entre os concorrentes, e também contra os malignos preços inexecutáveis, que conduzem aos descumprimentos dos contratos e levam às usuais pressões para adoção de soluções heterodoxas e inconfessáveis a fim de evitar as perniciosas paralisações de obras.

Seria possível uma regulamentação adequada, por decreto, do dispositivo, para uma melhor definição, que, apesar da nossa convicção, deveria passar por uma apreciação sobre a real possibilidade jurídica de sua adoção.

O melhor, porém, é modificar os dois parágrafos acima, dando uma redação que corrija definitivamente a distorção sobre a determinação do que seja valor inexecutável, que a interpretação literal deles enseja.

Embora todos saibam que preço muito baixo não é bom para ninguém, e a Lei determine que devem ser desclassificada a proposta com preço inexecutável, é muito difícil um dirigente de órgão não aceitar tal proposta, se não houver um critério objetivo que o obrigue a desclassificá-la por preço que se sabe estar abaixo dos custos, mas que não está definido com clareza na Lei. Portanto esse aprimoramento da Lei é crucial para evitar questionamentos jurídicos, postergações de licitação, paralizações de execução, má qualidade de obras, pressões corruptoras e enfraquecimento das pequenas e médias empresas da construção.

Estamos fazendo uma sugestão de texto para esses dois parágrafos, conservadoramente, sabendo que o limite definido ainda é baixo.

Embora esse texto ainda permita a aceitação de propostas com valor baixo do custo, dá uma proteção ao órgão, ao exigir uma considerável garantia a ser apresentada pelo proponente aventureiro.

Elas estão grafadas em vermelho na sugestão do texto, acima transcrito.

10 -) Artigo 65: retoques nas alíneas a e b, do inciso I, nos parágrafos primeiro e segundo, e a introdução do parágrafo 7º, tudo para evitar interpretações que permitem burlar os limites de 25% e 50% nos aditivos de valor dos contratos, como quis estabelecer a Lei.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) ~~quando houver~~ para modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos, ~~nos limites permitidos por esta Lei;~~

b) ~~para quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de~~ acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, ~~alterações qualitativas e quantitativas no objeto do contrato os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras,~~ até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os ~~seus~~ acréscimos de serviços.

§ 2º ~~Nenhuma modificação contratual, por ato unilateral ou bilateral, 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

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo e obedecidos todos os parâmetros e referências considerados na determinação do valor do contrato original.

.....

~~§ 7º Na hipótese do parágrafo anterior, se a Administração não promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações até que ela seja providenciada.~~

Apesar da relativa clareza do texto, há seguidas interpretações equivocadas sobre o seu sentido, com alguns querendo que os acréscimos por alterações do projeto fiquem fora desses limites, e outros querendo que não se considerem as reduções no cálculo desses limites. Isso tem ensejado instabilidade jurídica, além de acréscimos indevidos que podem fazer o contrato ficar com valor até superior ao dobro do contratado, o que contraria o espírito da lei e não é desejável aos interesses da sociedade. A solução é deixá-lo mais claro ainda, fazendo a pequena adaptação no texto do § 2º, como está sugerido acima, em vermelho:

Porto Alegre, 08 de abril de 2015

Luis Roberto Ponte