

00001.006484/93

PR - DEPARTAMENTO DE DOCUMENTAÇÃO
Publicado na Seção I do
Diário Oficial de

09 JUN 1994

Mensagem nº 436

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente o Projeto de Lei de Conversão nº 10, de 1994, que "Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências".

Inciso II do § 1º e § 4º, do art. 3º.

"Art. 3º

§ 1º

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto nos §§ 2º e 4º deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

.....

§ 4º O transporte aéreo internacional de servidor público da administração direta, indireta e fundacional, da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, bem como o transporte de malas diplomáticas ou cargas aéreas pagas com recursos públicos, será feito em empresa de bandeira brasileira, nos trechos por ela servidos diretamente ou ponto de conexão mais próximo do destino final, nas condições que vierem a ser estabelecidas pelos respectivos poderes executivos."

Razões do Veto

O texto do § 4º encerra contradição ao estabelecer, para o transporte aéreo, reserva de bandeira, na parte inicial, e, ao final, referir-se a "condições que vierem a ser estabelecidas pelos respectivos poderes executivos".

Assim, como decorre do próprio dispositivo vetado, é de se entender que a matéria pode ser devidamente regulada no âmbito da Administração.

Art. 6º, VIII, "c"; art. 10, II, "c" e parágrafo único; art. 40, XII; art. 46, § 4º.

"Art. 6º.

VIII -

c) administração contratada - quando se contrata, excepcionalmente, a execução da obra ou do serviço mediante reembolso de todas as despesas incorridas para sua execução e pagamento de remuneração ajustada para os trabalhos de administração;"

"Art. 10.

II -

c) administração contratada;

Parágrafo único. O regime de administração contratada somente será aplicado a obras e serviços se:

I - justificado tecnicamente com a demonstração da vantagem para a administração em relação aos demais regimes;

II - os valores não ultrapassarem os limites máximos estabelecidos para a modalidade de tomada de preços, constantes no art. 23 desta Lei;

III - previamente aprovado pela autoridade competente."

"Art. 40.

XII - critério de reembolso para o fornecimento de bens e serviços sujeitos ao regime de administração contratada, bem como para os direitos de uso de terceiros e o fornecimento de materiais de origem não comercial, quando for o caso, sem prejuízo do pagamento da taxa de administração nos termos das propostas;

"Art. 46.

Fl. 3 da Mensagem nº 436

§ 4º A contratação da agência de propaganda para a prestação de serviços de publicidade será feita através de licitação do tipo *melhor técnica*, facultada a execução sob o regime de administração contratada, dispensada a observância do limite estabelecido no parágrafo único do art.10."

Razões do Veto

Os dispositivos transcritos referem-se ao regime de administração contratada e reproduzem literalmente disposições que foram vetadas quando da sanção do projeto de lei que se transformou na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Não me é possível, por isso, dar-lhes sanção, sob pena de infringir o § 4º do art. 66 da Carta.

Art. 9º, § 3º

"Art. 9º

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pela prestação dos serviços ou execução das obras, inclusive os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários, quando houver ingerência, subordinação ou dependência de natureza técnica, administrativa ou econômica de um em relação ao outro, de modo a comprometer o princípio de igualdade que rege o procedimento licitatório."

Razões do veto

O dispositivo acrescenta ao texto vigente da Lei nº 8.666/93 condição eminentemente subjetiva, capaz de gerar perplexidade na aplicação da lei e prejudicar o desenvolvimento dos processos licitatórios.

Trata-se, portanto, de norma contrária ao interesse público.

Art. 13, VIII

"Art. 13.

.....

VIII - publicidade e divulgação.

Razões do Veto

Fl. 4 da Mensagem nº 436

Com o dispositivo em tela, pretende-se acrescer ao rol de serviços técnicos profissionais especializados os serviços de publicidade e divulgação, em ordem a viabilizar-se a sua contratação com inexigibilidade de licitação, por notória especialização, mediante aplicação do comando autorizado inserto no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993.

Ora, o art. 13 da lei em comento elenca serviços de natureza eminentemente intelectual, em cuja contratação, mercê do elevadíssimo grau de especialização da pessoa a ser contratada, se torna de fato inviável a competição, justificando-se, assim, a inexigibilidade de licitação.

Trata-se, em outras palavras, de contratações realizadas intuitu personae, onde o que releva são as condições personalíssimas do contrato, o que não ocorre, forçoso é convir, com serviços de divulgação, realizados por empresas integrantes de mercado nitidamente competitivo, onde sempre é possível licitar, barateando, desse modo, os custos da Administração.

O dispositivo a ser acrescido, por isso, ostenta formulação contrária ao interesse público.

§ 1º art. 13.

"Art. 13.

.....

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso ou mediante licitação dos tipos *melhor técnica* ou *técnica e preço*."

Razões do Veto

A Lei nº 8.666, de 1993, claramente define o tipo menor preço como prevalecente para as licitações a serem realizadas pelo Poder Público. Somente quando não é recomendável tecnicamente a adoção do menor preço é que admite outros tipos, como ocorre com a aquisição de bens de informática, por exemplo.

Coerente com essa linha de orientação, o parágrafo supra, ora em vigor, determina que os contratos de prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com a estipulação prévia de prêmio ou remuneração, a forma, inegavelmente, mais transparente e isenta de escolha do vencedor em serviços dessa natureza.

Pretende-se, com a alteração proposta, que tais serviços possam ser também contratados mediante licitação dos tipos **melhor técnica** ou **técnica e preço**.

Fl. 5 da Mensagem nº 436

Ora, o julgamento das licitações dos tipos por último referidos, como é de conhecimento geral, envolve critérios eminentemente subjetivos, permeáveis a toda sorte de direcionamentos, o que recomenda extrema cautela na sua adoção.

Ademais, o tipo melhor técnica implica elevado risco de dano ao Erário, pela desconsideração do fator preço como critério de avaliação da proposta.

A alteração cogitada, portanto, é contrária ao interesse público.

§ 2º do art. 17.

"Art. 17.
.....

§ 2º A Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada a licitação, quando o uso se destinar a outro órgão ou entidade da Administração Pública, a concessionária de serviços públicos, ou ainda quando verificar-se interesse público devidamente justificado, inclusive quando se tratar de programa de regularização de posse de terra urbana."

Razões do Veto

O texto encaminhado à sanção acresce ao que constou da Medida Provisória apreciada pelo Congresso Nacional permissivo que se revela contrário ao interesse público, na medida em que admite sejam afetados bens públicos, sem o cuidado de reservar ao prévio critério da Administração Pública a sua justa destinação.

Como redigido, o texto é contrário ao interesse público, pois enseja o favorecimento indevido, com manifesto prejuízo à coletividade, no que diz respeito ao uso devido dos bens públicos.

Art. 25, I.

"Art. 25.

I - para aquisição de materiais, equipamentos, gêneros ou serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado ou certificado fornecido pelo órgão competente e desde que não contestado motivadamente por entidade sindical;"

Razões do Veto

Fl. 6 da Mensagem nº 436

O texto faculta, com evidente risco para a boa ordem dos serviços da Administração, que qualquer entidade sindical, tenha ou não interesse imediato no objeto da licitação, ou sequer conhecimento de causa, intervenha no procedimento.

Não apresenta a nova redação do dispositivo vantagem relativamente à norma correspondente da Lei nº 8.666, que melhor atende ao interesse público.

Inciso II do § 1º do art. 30

"Art. 30.

II - capacitação técnico-operacional: comprovação de o licitante ter executado obras ou serviços em quantitativos e grandezas das relações quantitativos/prazo global iguais ou superiores ao exigido no instrumento convocatório, podendo ser considerado para os quantitativos o somatório de até três contratos e para as grandezas das relações quantitativos/prazo global o somatório de quaisquer contratos, desde que referidos a um mesmo período, devendo essas exigências observar:

a) no caso de quantitativos, o limite máximo de cinquenta por cento das quantidades estimadas na planilha orçamentária da Administração, restritas exclusivamente às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação;

b) no caso das grandezas das relações quantitativos/prazo global das parcelas referidas na alínea anterior, o limite máximo de cinquenta por cento das relações estabelecidas em função do prazo máximo necessário para realização da respectiva parcela, compatível com o prazo total de execução do contrato.

Razões do veto

O texto reproduz aquele que foi objeto de veto, quando da sanção de Lei nº 8.666, de 1993, o que não permite seja agora sancionado, tendo em vista o disposto no art. 66, § 4º da Constituição Federal.

§§ 7º a 9º, 11 e 12, todos do art. 30

"Art. 30.

§ 7º Ressalvado o disposto nos §§ 8º e 9º deste artigo, nas licitações para obras e serviços cujo valor estimado seja igual ou inferior a uma vez e meia os limites aplicáveis à modalidade *tomada de preços* estabelecido no artigo 23 desta Lei, a capacitação técnico-

Fl. 7 da Mensagem nº 436

operacional poderá, a critério do licitante, ser cumprida na forma do inciso I do § 1º deste artigo, desde que:

I - os atestados de responsabilidade técnica do profissional indicado atendam aos mesmos quantitativos e grandezas das relações quantitativos/prazo global exigidos no instrumento convocatório;

II - o profissional detentor da qualificação seja integrante do quadro permanente do licitante pelo menos nos seis meses anteriores à data prevista para entrega da proposta.

§ 8º Ressalvado o disposto no § 9º, nas licitações para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados referidos no art. 13 desta Lei, bem como para serviços de engenharia com predominância de mão-de-obra cujo valor estimado seja igual ou inferior à metade dos limites aplicáveis à modalidade *tomada de preços* estabelecidos no art. 23 desta Lei, prevalecerão, para comprovação da capacitação técnico-profissional, as mesmas regras estabelecidas no parágrafo anterior.

§ 9º Nas licitações para obras ou serviços cujo valor estimado seja igual ou inferior ao dobro dos limites aplicáveis à modalidade *convite* estabelecidos no art. 23 desta Lei a comprovação da capacitação técnico-operacional e da capacitação técnico-profissional limitar-se-á à prova de possuir o licitante, no seu quadro permanente, profissional legalmente habilitado, inscrito no órgão fiscalizador do exercício profissional e detentor de atribuições compatíveis com o objeto licitado.

.....

§ 11. No caso de obras, serviços e compras de grande vulto e de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre a análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 12. Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela cujo objeto envolva alta especialização como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado ou possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais."

Razões do veto

O Ministério da Justiça, ouvido, pondera cuidarem os dispositivos de matéria objeto de veto pendente de apreciação pelo Congresso Nacional, quando da sanção do projeto que deu origem à Lei nº 8.666, de 1993.

Ainda que não reproduzam e sob alguns aspectos efetivamente alterem os textos vetados, de forma a ensejar, embora com consideráveis dificuldades, a participação dos pequenos empreiteiros nas licitações até o limite da tomada de preços, persistem válidas as razões do veto suso referido, as quais, por incensuráveis, vale aqui reproduzir, *ipsis verbis*

"Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio insito às licitações, pois somente ao viabilizá-la o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de "capacidade técnico-operacional", nos termos definidos no primeiro dos dispositivos supra, praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexibilidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a até 50% (cinquenta por cento) das "parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo", conceito, aliás, sequer definido objetivamente no projeto.

Impõe-se, assim, expungir do texto os dispositivos em foco, que, por possibilitarem possíveis direcionamentos em proveito de empresas de maior porte, se mostram flagrantemente contrários ao interesse público."

Importa ter presente, ainda, na espécie o verdadeiro conteúdo e alcance do comando insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, **ipsis litteris**:

"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." (Grifamos.)

Art. 31, § 6º

"Art. 31.
.....

§ 6º Será dispensada a documentação relativa à qualificação econômico-financeira do licitante que apresentar Seguro-Garantia de Concorrente e compromisso de, se vier a ser o vencedor da licitação, e antes de assinar o respectivo contrato, prestar Seguro-Garantia de Executante Construtor, Fornecedor ou Prestador de Serviços, conforme o caso, no valor de vinte por cento do total da proposta, ressalvada a apresentação da documentação de que trata o inciso II deste artigo e as exigências referidas nos §§ 2º e 3º deste artigo."

Razões do veto

Subsistem válidas as razões do veto ainda pendente da apreciação do Congresso Nacional, incidente sobre proposição de conteúdo assemelhado quando da sanção do Projeto de Lei ✓

Fl. 9 da Mensagem nº 436

nº 1.491, de 1991 (nº 52/92 no Senado Federal), que deu origem à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Realmente, segundo a filosofia da lei em referência, a qualificação econômico-financeira se destina à avaliação da idoneidade financeira de cada licitante, como garantia do implemento das obrigações assumidas para com a Administração.

Destarte, se a preservação do interesse público, para maior segurança da Administração, impõe o máximo de critério nessa avaliação, é inadmissível pretender-se substituí-la por simples apólice de seguro apresentada pelo licitante, limitada a vinte por cento do valor da proposta, a constituir garantia parcial, sujeita ainda a futura execução.

O dispositivo proposto, portanto, na medida em que reduz as garantias da Administração, afronta o interesse público. ✓

Art. 55, § 1º e art. 79, IV, §§ 3º e 4º

"Art. 55....."

§ 1º Os contratos de obras, de fornecimento para entrega futura de bens ou de serviços, especialmente os de serviços técnicos especializados que utilizem mão-de-obra intensiva, poderão prever adiantamentos de pagamentos, desde que não superiores ao valor de cada etapa em que se subdividir a sua execução, e desde que seja prestada garantia numa das modalidades previstas no art. 56 desta Lei, sem o limite estabelecido nos §§ 2º e 3º daquele artigo."

"Art. 79....."

IV - a requerimento do contratado, nos casos enumerados nos incisos XIII a XVI do artigo anterior.

.....

§ 3º O requerimento do contratado a que se refere o inciso IV do **caput** deste artigo poderá ser feito a qualquer momento, a partir do dia seguinte ao do fato que lhe deu motivo, cabendo à Administração adotar as providências necessárias ao regular cumprimento do contrato no prazo máximo de trinta dias, findos os quais fica autorizada a sustação da execução e automaticamente rescindido o contrato, salvo nos casos de prestação de serviços absolutamente essenciais, hipótese na qual a sustação da execução dependerá de autorização judicial.

§ 4º Ocorrendo o atraso de pagamento previsto no inciso XV do art. 78 desta Lei, o contratado poderá optar, ao invés de rescindir desde logo o contrato, pela suspensão de sua execução, sem prejuízo das incidências de ordem financeira contratualmente previstas e da responsabilidade da Administração pelos custos adicionais e demais conseqüências dessa suspensão."

Fl. 10 da Mensagem nº 436

Razões do veto

Os textos reproduzem os que foram objeto de veto quando da sanção do projeto de lei que se transformou na Lei nº 8.666, de 1993, o que não permite sejam, agora, sancionados, sob pena de transgressão do § 4º do art. 66 da Carta.

Art. 57, incisos I e III

"Art. 57.....

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual ou nas metas governamentais plurianuais, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório da licitação;

.....

III - à prestação de serviços públicos essenciais que necessitem da utilização de instalações e equipamentos de alto valor de investimento, caso em que a duração dos contratos deverá ser dimensionada com vistas à obtenção de modicidade no preço do serviço e de condições mais vantajosas para a Administração, desde que justificado tecnicamente no processo que originar a licitação, observado ainda o disposto no § 3º deste artigo."

Razões do veto

O inciso I altera a norma legal vigente, para incluir a figura das "metas governamentais plurianuais", não conhecida no direito legislado, permitindo perigoso alvedrio do administrador.

Já o inciso III é formulação contrária ao interesse público, pois, ao não fixar limite temporal para a duração de contratos da espécie, potencializa incalculáveis danos ao Erário, na medida em que, na prática, poderá ocorrer perenização dos contratos relacionados com os serviços essenciais que menciona.

Por outro lado, ao propiciar a perenização da vigência desses contratos, vulnera ainda o princípio da licitação obrigatória, insculpido no art. 37, XXI, da Constituição da República, sendo inócua a referência ao § 3º do mesmo artigo, que veda a lavratura de contratos administrativos por prazo indeterminado.

§§ 1º, 2º e 3º do art. 71

"Art. 71.....

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais, e comerciais não transfere a Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento,

Fl. 11 da Mensagem nº 436

nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º A Administração poderá exigir, também, seguro para garantia de pessoas e bens, devendo essa exigência constar do edital da licitação ou convite."

Razões do veto

Pelas alterações introduzidas com os dispositivos em epígrafe, fica a Administração Pública solidariamente responsável pela inadimplimento de encargos previdenciários devidos por terceiros com ela contratantes.

Trata-se, à evidência, de propositura contrária ao interesse público, porquanto não só impõe ônus injustificado à Administração, como também estimula a inadimplência do contratado no cumprimento desses encargos.

Além dos aspectos éticos e dos relacionados com o interesse público, releva a consideração de ordem constitucional, uma vez que a responsabilidade do Estado se vincula, necessariamente, à ação dos seus agentes, não podendo prender-se à inadimplência dos particulares no cumprimento das suas obrigações legais, de natureza social ou tributária. ✓

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Outrossim, tendo em vista a relevancia das matérias relativas à capacitação técnica (art. 30), à administração contratada (art. 6º, VIII, "c") e à publicidade (art. 13, VIII) designarei grupo de trabalho, com participação de entidades profissionais, para, com a maior urgência, buscar equacionamento para a proposta legislativa pertinente.

Brasília, em 8 de junho de 1994.

