

Mensagem nº 335

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, resolvi vetar parcialmente o Projeto de Lei nº 1.491, de 1991 (nº 59/92 no Senado Federal), que "Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências".

As disposições ora vetadas são as seguintes:

**Alínea "c" do inciso VIII do art. 6º; alínea "c" do inciso II e parágrafo único do art. 10; e inciso XII do art. 40.**

"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 a sua execução e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração;"

"Art. 10. ....

II - .....

c) administração contratada;

.....  
Parágrafo único. O regime de administração contratada somente será aplicado às obras e serviços cujos valores não ultrapassem os limites máximos estabelecidos para a modalidade de tomada de preço, estabelecidos no art. 23 desta Lei."

"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;"

### **Razões do veto**

Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União sobre estas disposições:

"A experiência tem demonstrado que a execução indireta, sob o regime de administração contratada, envolve a assunção de elevadíssimos riscos pela Administração, que é obrigada a adotar cuidados extremos de fiscalização, sob pena de incorrer em elevados prejuízos em face do encarecimento final da obra ou serviço.

Como é sabido, nesse regime de execução interessa ao contratado, que se remunera à base de um percentual incidente sobre os custos do que é empregado na obra ou serviço, tornar esses custos os mais elevados possíveis, já que, assim, também os seus ganhos serão maximizados.

Por outro lado, parece-me indubitoso que, diante da sistemática de planejamento e orçamentos públicos instituída pela Constituição de 1988, não mais é legítimo admitir-se a execução de obra ou serviço cujo custo total não esteja prévia e criteriosamente fixado, com sua inclusão tanto no orçamento anual, quanto no plano plurianual.

Tais dispositivos, portanto, se mostram contrários ao interesse público."

### **Alínea "b" do § 1º e § 7º do art. 30.**

"Art. 30.....

§ 1º .....

b) quanto à capacitação técnico-operacional: comprovação do licitante de ter executado, no somatório de até 3 (três) contratos, quantitativos mínimos não superiores a 50% (cinquenta por cento) daqueles previstos na mensuração e exclusivamente nas parcelas de maior relevância técnica ou de valor significativo, do objeto da licitação, e a 50% (cinquenta por cento) das relações quantitativos/prazo global destas, admitida a soma de atestados quando referidos a um mesmo período, sem limite de contratos."

.....

§ 7º A comprovação de capacidade técnico-operacional será dispensada nas licitações cujo valor estimado for inferior a 50% (cinquenta por cento) do estabelecido na alínea "b", do inciso I do art. 23 desta Lei."

### **Razões do veto**

A Advocacia-Geral da União assim argumenta:

"Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio ínsito 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 complexidade 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", conceitos, 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.

A não serem suficientes tais razões, basta verificar ainda a redação dúbia e imprecisa da referida alínea "b", a gerar previsíveis dificuldades na sua correta aplicação."

#### **§ 6º do art. 31.**

"Art. 31. ....  
.....

§ 6º A documentação relativa à qualificação econômico-financeira será dispensada 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 total da proposta, ressalvada a apresentação da documentação de que trata o inciso II do "caput" deste artigo."

#### **Razões do veto**

A Advocacia-Geral da União se manifestou a respeito:

"A qualificação econômico-financeira, segundo a filosofia do próprio projeto, se destina à avaliação da idoneidade financeira de cada licitante.

Se a preservação do interesse público, para maior segurança da Administração, impõe toda essa verificação, é inadmissível pretender substituí-la por simples "seguro-garantia de concorrente", apresentado pelo licitante, que nem por isso, decididamente, passa a ter idoneidade financeira."

**§ 1º do art. 55.**

"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 no § 2º daquele artigo."

**Razões do veto**

Segundo razões da Advocacia-Geral da União:

"O dispositivo em epígrafe viabiliza o pagamento de adiantamentos aos licitantes contratados pela Administração, o que nulifica, em verdade, a exigência estabelecida no art. 31 do projeto, de prévia qualificação econômico-financeira.

Ademais, a preservação do interesse público impõe à Administração o máximo de zelo e cautela, que só tornam admissíveis pagamentos por bens e serviços efetivamente prestados ou fornecidos."

**Inciso II do § 1º e § 3º do art. 56.**

"Art. 56. ....

§ 1º .....

II - seguro-garantia;

.....

§ 3º O seguro-garantia será exigido na contratação de obras e serviços de grande vulto, podendo ainda ser exigido na contratação de obra e serviço de médio e pequeno vulto, desde que a sua necessidade seja justificada em prévio parecer técnico constante do processo e, principalmente, não contemple custo ou valor de cobertura que impeça ou restrinja a participação de qualquer interessado e que atenda aos demais requisitos do instrumento convocatório."

**Razões do veto**

As considerações do Ministério da Justiça a esse respeito foram as seguintes:

"Sugere-se, entretanto, veto ao § 1º, inciso II e § 3º do art. 56, porque o seguro-garantia ou "performance bond", como é conhecido e aplicado em alguns países do mundo, pretende proteger o contratante contra licitações irresponsáveis ou colhidos por infortúnios. Todavia, tal como foi introduzido no Projeto de Lei, o seguro-garantia pode comprometer a democratização e a lisura das licitações, tendo em vista que:

1 - Não existe qualquer critério objetivo para orientar o administrador público na fixação do valor da cobertura;

2 - Não há estabelecimento de limite para sua exigência, o que permite uma indesejável e perigosa limitação, pelos agentes da Administração Pública, do universo de possíveis licitantes, através da fixação arbitrária do montante exigido, segundo sua conveniência subjetiva;

3 - A legislação sobre o assunto exige que as empresas a serem seguradas estejam cadastradas no Instituto de Resseguros do Brasil - IRB, que estabelece por cadastro o limite máximo de concessão de seguro-garantia por empresa, ensejando o conhecimento prévio daquelas empresas que ainda podem atender às exigências de seguro constantes no Edital. Este fato facilitaria a composição de negociações indesejáveis que poderiam comprometer o caráter competitivo das licitações;

4 - Favorece as grandes empreiteiras, visto a sistemática das seguradoras para estabelecer o limite técnico de cobertura dos riscos é baseada no valor do patrimônio líquido da empresa vencedora da licitação."

Já o Ministério dos Transportes ponderou que:

"O seguro-garantia de que tratam os dispositivos acima indicados, tal como introduzido no Projeto, compromete a democratização e a lisura das licitações, uma vez que não ficou previsto qualquer critério para orientar o administrador público na fixação do valor de cobertura, o que permite a fixação arbitrária do montante a ser segurado.

Demais disto, é de se ter presente, também, que a legislação exige que as empresas a serem seguradas estejam cadastradas no Instituto de Resseguros do Brasil - IRB, o qual estabelece, por cadastro, o limite máximo de concessão de seguro-garantia por cada empresa, o que pode ensejar o conhecimento prévio das empresas que podem atender às exigências de seguro previstas nos correspondentes editais de licitação, com comprometimento do caráter competitivo do certame."

### **Inciso III do art. 57.**

"Art. 57. ....

III - à prestação de serviços públicos essenciais de execução contínua, se houver interesse da Administração;"

### **Razões do veto**

A Advocacia-Geral da União salienta o seguinte:

"A formulação contida no mencionado inciso III, ao não fixar limite temporal para a duração de contratos da espécie, pode propiciar incalculáveis prejuízos ao Erário, na medida em que, na prática, poderá ser tentada a perenização de certas contratações relacionadas, direta ou indiretamente, com a prestação de serviços públicos essenciais. Vulnera, pois, o princípio da licitação obrigatória, com sede no art. 37, XXI, da Constituição da República."

### **§§ 2º e 3º do art. 61; alínea "d" do inciso II e § 7º do art. 65.**

"Art. 61. ....

§ 2º É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por esta Lei, bem como às suas alterações, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa. ressalvada a hipótese prevista na alínea "d" do inciso II do art. 65, quando os efeitos financeiros poderão retroagir à data do requerimento para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

§ 3º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos casos de extrema e comprovada urgência para prévia celebração do contrato, se a eventual demora, superior a 48 (quarenta e oito) horas, puder acarretar danos irreparáveis à ordem coletiva, à saúde pública ou à segurança nacional, hipótese em que a sua formalização deverá ocorrer no primeiro dia útil subsequente, convalidando a obra, a compra ou o serviço cuja execução já se tenha porventura iniciado, pelo seu caráter inadiável."

"Art. 65. ....

II - ....

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 inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

.....

§ 7º Ocorrendo o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, deverá ser celebrado aditamento que o restabeleça, após autuadas em processo as demonstrações e justificativas pertinentes e o ato de sua aprovação expedido pela autoridade competente para celebrar o contrato."

### **Razões do veto**

A Advocacia-Geral da União fundamenta o veto em que:

"Discorrendo sobre as causas de inexecução dos contratos administrativos, Hely Lopes Meirelles, em conhecida e festejada obra, assevera que "quando sobrevêm eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, a parte atingida fica liberada dos encargos originais, e o contrato há de ser revisto ou rescindido, pela aplicação da **teoria da imprevisão** provinda da cláusula **rebus sic stantibus**, nos seus desdobramentos de **força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração e interferência imprevistas**" (in *Licitação e Contrato Administrativo*, 7ª Edição Atualizada, 1987, pág. 206 e segs.)

Mais adiante, adverte o saudoso mestre, *in verbis*:

"Observamos, todavia, que só se justifica a aplicação da cláusula **rebus sic stantibus** nos contratos públicos quando sobrevêm fatos imprevistos e imprevisíveis, ou, se previsíveis, incalculáveis nas suas conseqüências, e que desequilibram totalmente a equação econômica estabelecida originalmente pelas partes. Não é, pois, a simples elevação de preços em proporção suportável, como **álea própria do contrato**, que rende ensejo aos reajustes da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração; só a **álea econômica extraordinária e extracontratual** é que autoriza a revisão do contrato"(idem, *ibidem*)

Contrariando esse incensurável posicionamento doutrinário, nenhum dos dispositivos acima referenciados define, objetivamente, quais os pressupostos autorizadores da revisão de preços. importando destacar, ainda, que o § 7º do art. 66 procura tornar corriqueira a obtenção do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tornando o aditamento providência obrigatória para a Administração, após tão-somente "autuadas em processo as demonstrações e justificativas pertinentes e o ato de sua aprovação expedido pela autoridade competente para celebrar o contrato" (sic)"

#### Inciso IV e §§ 3º e 4º do art. 79

"Art. 79. ....

IV - a requerimento do contratado, nos casos enumerados nos incisos XII a XVII 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 30 (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 consequências dessa suspensão."

### **Razões do veto**

Eis a manifestação da Advocacia-Geral da União:

"Há, nos dispositivos em comento, clara submissão do interesse público às conveniências do contratado, faz com que a Administração abdique da supremacia de poder que a doutrina lhe reconhece para fixar as condições iniciais do ajuste.

Embora justo reconhecer-se ao contratado o direito de rescindir a avença na hipótese de atraso de pagamento superior a 90 (noventa) dias, é inadmissível pretender-se que, sendo do interesse do contratado suspender a execução do contrato, ao invés de rescindi-lo, fique a Administração obrigada a arcar com os "custos adicionais" da paralisação.

Por outro lado, o interesse público é aí de tal forma relegado que, nos termos do inciso IV citado, até mesmo a ocorrência de caso fortuito ou força maior legitima a rescisão contratual a requerimento do contratado."

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.

Brasília, 21 de junho de 1993.