

PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Parecer nº 06/99 – Renan Miguel Saad

Concorrência Internacional. Programa Baixada Viva. Licitação de menor preço. Exame das disposições editalícias.

DA LICITAÇÃO E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

1. Trata-se de Edital de Concorrência Internacional nº 012/99/SECPLAN/BID, para execução de obras complementares de Saneamento Básico e Urbanização Integrada no Bairro Jardim Metrópole, no Município de São João de Meriti, dando-se, assim, continuidade ao Programa Baixada Viva.

2. Por se tratar de Concorrência Internacional financiada com recursos externos, elaborou-se o Edital com arrimo no artigo 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, tendo a fls. 345 o BID, através do Sr. Juan Francisco Reyes, exarado o *nada a opor* ao Edital.

3. A fls. 346 submeteu-se ao controle prévio da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Planejamento e Controle, chefiada pela Ilustre Procuradora do Estado, Dra. Leonor Nunes de Paiva, que examinou o edital em caráter de urgência.

4. Em estreita síntese, a Assessoria Jurídica da SECPLAN, alerta para o fato de que: (I) não há aprovação da despesa e reserva orçamentária; (II) que o tipo de licitação (menor preço) não é o correto; (III) que há excesso nos índices de qualificação econômica; (IV) que há exigências excessivas em relação à qualificação técnica; (V) que há dúvidas quanto à competência para licitar.

5. Recebido o administrativo nesta Procuradoria no dia 08.10.99, distribuiu-se ao procurador que ora subscreve o processo em 13 de outubro de 1999, há apenas 6 (seis) dias, portanto, solicitando-se o exame em caráter de urgência, o que se faz, ressaltando-se, entretanto, eventuais omissões, ante ao exíguo prazo; o que poderá ser no futuro evitado, desde que haja maior integração dos órgãos jurídicos setoriais com esta Douta Procuradoria-Geral do Estado.

6. Na esteira dessas considerações, destaque-se que a análise ora em curso limitar-se-á ao Edital e ao contrato, ambos os instrumentos rubricados por mim.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DA COMPETÊNCIA PARA LICITAR

7. Preambularmente, impende registrar que há acerto na manifestação da Assessoria Jurídica da SECPLAN ao indicar que o órgão competente para licitar não é aquela Ilustrada pasta, mas sim a Secretaria de Obras, por força do disposto no artigo 4º, II, *a* do Decreto nº 25.302/99, pelo que ou se muda o Órgão que irá licitar ou se altera o Decreto.

DOS ANEXOS

8. Os anexos, por seu turno, que em sua grande maioria consubstanciam-se em normas técnicas, podem, muitas vezes, conter dirigismo licitatório, tendente a inibir a participação do maior número de licitantes, em afronta ao disposto no artigo 3º e seus parágrafos, da Lei nº 8.666/93, e consoante lição dos nossos Tribunais:

“A regra na licitação é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias.” (TJSP — Lex. nº 172/109)

9. Nada obstante, reconhece-se que não pode o Administrador exigir em uma licitação de vulto, como a ora em exame, as mesmas condições apresentadas em uma licitação de simples reforma de prédio.

10. Faculta-se, e isto não se nega, ao Administrador a imposição de **rigorosas exigências de habilitação, desde que compatíveis com o objeto licitado**, pois só assim haverá garantia, ainda que parcial, do cumprimento futuro do contrato a ser celebrado com o Licitante Vencedor.

11. Por este sulco, as exigências de habilitação, tanto as econômicas quanto as técnicas, que ultrapassem as usualmente utilizadas em licitações, **não podem ser apócrifas, devendo o administrador justificá-las e subscrevê-las**.

12. Neste contexto, a justificativa de conteúdo técnico, que escapará à função desta Procuradoria analisar, sendo afirmado e assinado por quem exerce função pública, gozará da presunção de legitimidade e legalidade e assim será considerado, sendo, pois, dos subscritores, dos citados elementos técnicos, a inteira responsabilidade pelo que ali se reproduzir.

13. Com esta medida, dar-se-á um grande passo para se reduzir os riscos de eventuais medidas liminares em ações judiciais tendentes a impugnar a licitação, o que normalmente acontece em licitações dessa natureza.

14. Isto porque, ter-se-á um ato administrativo permeado por uma presunção de legalidade e por uma discricionariedade técnica do Administrador, cujo mérito, como se sabe, não pode ser atingido por atos judiciais.

15. Isto posto, caberá nesta licitação a apresentação prévia de justificativa devidamente assinada dos anexos VIII, IX, X, XI e XII, onde se fixe com clareza a compatibilidade entre o objeto licitado e as normas apresentadas, a fim de evitar a afronta ao citado artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

DAS EXPRESSÕES ORTOGRÁFICAS

16. Impõe-se a correção ortográfica do texto, com vistas à supressão da palavra Governo, a fim de que permaneça somente Estado do Rio de Janeiro, pois esta é a palavra correta a designar a pessoa jurídica de direito público licitante.

DO AVISO

17. Com efeito, carece o aviso de chamamento ao certame da indicação de:

a) número do processo administrativo;

b) local para que qualquer interessado possa ler o edital ou obter informações sobre a licitação, nos termos do § 1º, do artigo 21, da Lei nº 8.666/93.

18. Quanto à exigência inscrita na alínea *b* acima, remarque-se que só há referência a telefones e fax para obtenção de informações, em afronta ao dispositivo legal, pois este **impõe a destinação de um local para leitura e obtenção de informações** e não apenas um número de telefone.

DO DESPACHO MOTIVADO DO ÓRGÃO EXECUTOR

19. Dispõe o § 5º, do artigo 42, da Lei nº 8.666/93, a ser lido em frase formada pelos trechos grifados em negrito e sublinhados, a fim de facilitar a sua melhor compreensão:

§ 5º. **Para 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.**”

20. Observe-se, assim, que no administrativo não consta o indispensável despacho e muito menos a sua ratificação pela Autoridade Superior, o que é fundamental para o desenvolvimento regular e válido da licitação em comento, devendo, pois, a SECPLAN providenciá-lo, antes de lançar o aviso.

DO EDITAL

21. Com efeito, para uma melhor compreensão topográfica das regras do certame e as suas respectivas críticas, indicar-se-á em quadros os números dos dispositivos tratados, sendo que se apresentará de forma direta as alterações a serem feitas, primando-se assim pela celeridade na elaboração deste parecer.

ITENS 1.2 e 1.3

22. Corrigir o órgão executor, consoante o que se disse no número 07 deste parecer.

ITEM 1.4

23. Melhorar a redação, tornando-a mais clara, pelo que se sugere a simples repetição do § 4º, da Lei nº 8.666/93, que não confronta com as normas do BID (fls.112, item 3.36):

“§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

ITEM 1.5

24. Item em desacordo com as normas do BID (fls. 113, n.º 3.38), devendo-se, pois, subdividi-lo em:

- a) repetição do nº 3.38 das normas do BID, para a hipótese de uma única proposta;
- b) licitação deserta, quanto não acudirem interessados, equiparando-se a esta a hipótese de inabilitação ou desclassificação de todos os participantes;
- c) revogação da licitação **por motivo superveniente, fundamentado e comprovado;**
- d) anulada em caso de vício insanável.

25. Para a hipótese de nulidade, deve-se inserir as seguintes regras no Edital e também no contrato:

“Aplicar-se-á, em caso de anulação, o disposto no art. 59 e parágrafo único da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, para efeito exclusivo de ressarcimento por motivo não imputável ao LICITANTE, vedado o pagamento de lucros cessantes.”

“Para efeito de cálculo dos custos regularmente comprovados pelo LICITANTE, a que se refere o parágrafo único do artigo 59, da Lei 8.666/93, levar-se-á em consideração exclusivamente as faturas por ele

emitidas e atestadas pela administração até o momento da declaração de nulidade, bem assim aquelas despesas efetuadas posteriormente como o objetivo de conservar o bem público.”

ITEM 1.6

26. O esclarecimento de dúvidas sem a identificação da origem atenta contra o princípio da publicidade, portanto é ilegal, impondo-se a exclusão à expressão *mas sem identificar a sua origem*.

ITEM 2

27. Ante a discussão em torno da qualificação do Poder Concedente para exploração do saneamento básico, e considerando que deverá ser a CEDAE a delegatária desses serviços até que se resolva esse aflitivo problema, recomenda-se haja aquiescência da Prefeitura envolvida, quanto aos valores licitados.

28. Isto porque, admitindo-se, exclusivamente para efeito de argumentação, que a municipalidade seja o Poder Concedente deverá ela indenizar o Estado pelas obras e investimentos não amortizados, cujo montante indenizatório levar-se-á em conta está sendo licitado neste momento.

29. Portanto, existindo concordância da Prefeitura, não poderá a mesma argumentar posteriormente que não autorizou a obra ou não concorda com os valores dos investimentos realizados.

ITEM 3.1

30. Há que se definir a porcentagem da parcela financiada pelo BID.

ITENS 3.3, 4.1 e 4.2

31. Do dispositivo emerge flagrante ilegalidade, eis que determina que os preços cotados pelo LICITANTE situem-se em torno do preço de referência estabelecido pela EMOP, além de carecer o Edital da comprovação do preço certo de unidades determinadas a que se refere o artigo 6º, VIII, *b*, da Lei nº 8.666/93.

32. Vale dizer, apesar do artigo 40, X, da Lei nº 8.666/93, permitir a fixação no edital de critérios de aceitabilidade de preços, com base em preços de referência, a norma veda expressamente a variação, para fins de desclassificação das propostas, em torno dos preços de referência, como o é o da EMOP, *ex vi* da lição de Jessé Torres, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*, Rio, Renovar, 1994, p.249:

“A redação original do inciso X, ao demandar a definição, no edital, de critério de aceitabilidade de preço, sugeria a ilação de que a Lei nº 8.666/83 afastava o preço-base como tipo de licitação (v. art. 45, I), mas o mantinha como critério aferidor da hipótese de desclassificação de propostas, a que alude o art. 48, II. A Lei nº 8.883/94, completou a redação do inciso X vedando ‘a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação aos preços de referência’.
Ou seja, é viável que o edital estabeleça preço de referência, porém,

não poderá exigir que os preços cotados situem-se entre limites máximos e mínimos em torno dele.” Grifou-se

33. A prevalecer as normas do BID, destaque-se que as mesmas, por um lado, não admitem no instrumento de convocação a limitação máxima para as propostas de preços; e pelo outro aceitam preços **ligeiramente** superiores ao fornecido pelo Administrador.

34. Isto posto, deverá a SECPLAN: (I) criar um novo método para aferição da proposta de preços excessiva, no que pertine ao cumprimento do artigo 48, II, da Lei nº 8.666/93, adequando o método às disposições do BID; (II) fundamentar as razões na eleição dos parâmetros que utilizar; (III) indicar o preço certo de unidades determinadas a que alude o artigo 6º, VIII, *b*, da Lei nº 8.666/93.

ITEM 3.4

35. O prazo de 15 (quinze) dias, s.m.j., não se coaduna com o disposto no parágrafo único, do artigo 48, da Lei nº 8.666/93, impondo-se assim a sua correção para 8 (oito) dias úteis.

ITEM 5.4

36. Adequar o dispositivo aos termos do § 3º, do artigo 64, da Lei nº 8.666/93, eis que a validade da proposta decorre de imposição de lei e não da vontade do Licitante.

ITEM 6.4

37. Com efeito, sugere-se a inclusão de disposição onde se exija que a prova desta nacionalidade se faça através de uma declaração formal de dois diretores da empresa e de seu auditor que afirmem a veracidade nos termos da lei.

ITEM 6.5

38. Por se tratar de concorrência internacional e a fim de se proteger a Administração, bem assim evitar-se a quebra do princípio da isonomia, recomenda-se a inclusão da seguinte regra:

“No que se refere às empresas de outra nacionalidade, igualmente não serão admitidas, nesta licitação, aquelas que por alguma forma forem punidas em país onde tenham prestado serviço, com sanção equivalente à declaração de inidoneidade, bem como estiverem em estado de insolvência”.

ITEM 6.7

39. Sobre a constituição do consórcio, cumpre destacar que não assiste razão à Assessoria Jurídica da SECPLAN, estando o Edital em perfeita consonância com a Lei, pelo que se sugere as seguintes modificações:

a) incluir na quarta linha do inciso I, após (%), o seguinte: ***sendo vedada a indicação de qualquer valor monetário que importe em divulgação antecipada do conteúdo da “Proposta de Preços”;***

b) incluir uma cláusula como os termos: “Não será permitida, nesta licitação, a participação, isoladamente ou em mais de um consórcio, de pessoas jurídicas sob o controle de um mesmo grupo de pessoas, físicas ou jurídicas.”

c) incluir uma cláusula como os termos: “a empresa que se consorciar não poderá participar desta licitação isoladamente ou em mais de um consórcio”.

ITEM 6.9

40. No que diz respeito à subcontratação recomenda-se a seguinte cláusula:

“A subcontratação não altera a responsabilidade do CONTRATADO que continuará íntegra e solidária com o subcontratado perante o ESTADO. Poderá, no entanto, o ESTADO exigir diretamente do subcontratado a execução das OBRAS”.

ITEM 6.10

41. O prazo de 180 dias, embora compreensível, não encontra respaldo legal, devendo, pois, ser suprimida a *quarentena* editalícia, para ex-servidores.

ITEM 7.5

42. Deve-se definir a forma de encadernamento da proposta, a fim de se evitar confusão na abertura dos envelopes e a perda de documentos.

ITEM 8.1.2

43. O inciso I está correto, devendo no entanto a certidão ser de **Registro e Regularidade** com o CREA, eis que abusiva é a prova do pagamento da anuidade, pois, o Licitante pode muito bem estar discutindo judicialmente este valor.

44. Em relação ao inciso III, os índices exigidos têm que ser fundamentos e compatíveis com o objeto da licitação, impondo-se ao administrador a observância do que se disse neste parecer (nºs 8 a 15).

ITENS 8.1.2, VI, 8.1.2.1, 8.1.2.2, 8.1.2.3, 8.1.2.4, 8.1.2.5 e 8.1.2.6

45. No que diz respeito à metodologia de execução, também não tem razão a Assessoria Jurídica da SECPLAN. A metodologia de execução, utilizada em licitações de grande vulto, faz parte da fase de habilitação, pelo que inexistente correlação com a fase técnica.

46. Os critérios utilizados para aferição do método de execução das obras são os usuais nas licitações promovidas pelo Estado do Rio de Janeiro desde há muito tempo, portanto, totalmente legítimos, tanto mais que nunca foram objeto de impugnação judicial ou administrativa.

47. Sublinhe-se, neste contexto, que indicar eventual subjetivismo na forma de julgamento é, *data venia*, desconhecer a realidade do processo licitatório, haja vista que, qualquer que seja o critério, haverá sempre, e isto não se tem dúvidas, subjetivismo, ante a presença humana nas Comissões de Licitações.

48. No meu sentir, o que a Lei vedou, ao impor critérios objetivos, foi a existência de métodos submersos e não transparentes. Portanto, se há critério e este é transparente, cabe ao intérprete ler a norma amparado em preceito de razoabilidade.

49. Desta forma, cumpre infirmar que nas considerações que se faz a seguir levar-se-á em conta o que se disse acima, solicitando apenas algumas modificações, com vistas a se aperfeiçoar o critério de julgamento.

50. No quadro do item 8.1.2.1 deve-se subdividir ainda mais as alíneas de julgamento, de tal forma que a variação, por item, seja no máximo de 0 a 10, evitando-se assim intervalos de pontuação elevados.

51. Por outro lado, todas as decisões da comissão de licitação, no enquadramento da metodologia em alguma das alíneas do item 8.1.2.3, 8.1.2.4 e 8.1.2.5, devem ser fundamentadas.

52. Quanto aos parâmetros de qualidade, mantendo-se o completo, o exaustivo e o exaustivo com alternativa, recomenda-se a alteração e inclusão dos seguintes:

“Os membros da Comissão Especial de Licitação atribuirão notas técnicas aos quesitos aludidos nas alíneas....., pelo critério que a seguir se estabelece, o qual deverá ser entendido como uma escala de avaliação, de modo a refletir a qualidade da Metodologia de Execução, sendo desconsiderada, para os fins de pontuação, a apresentação incorreta de qualquer documento ou a sua falta, ainda que de forma parcial:

“I — Atribuir-se-á zero ponto quando a alínea não for abordada ou a proposta contrariar as regras do edital;”

“8.1.2.6. Considerar-se-ão como parâmetros de qualidade, para fins de enquadramento nas escalas de pontos.....”

“a) **incorreto** — a metodologia que não abordar pelo menos.... (.....) alíneas dentre as..... previstas no item 8.1.2, IV, ou contiver manifesto equívoco no exame de..... (.....) ou mais itens, dentro das alíneas previstas no **item 8.1.2, IV**, assim considerado o exame claramente inaplicável à execução das obras, ou com as normas que a regem;”

“b) **incompleto** — a metodologia que deixar de abordar até.... (.....) alíneas dentre as..... previstas no **item 8.1.2, IV**, ou contiver manifesto equívoco no exame de..... (.....), dentre as previstas no **item 8.1.2, IV**, assim considerado o exame claramente inaplicável à execução das obras, ou com as normas que a regem;”

ITEM 8.1.3

53. No que diz respeito ao inciso I, mais seguro para a Administração será se se exigir patrimônio líquido, ao invés de capital social.

54. Quanto ao inciso III, além das certidões negativas de falência e concordata, deve-se solicitar as certidões negativas de execução patrimonial em se tratando de sociedade civil, pois estas não estão sujeitas à falência.

55. No que se refere ao inciso IV, embora compreensível a exigência, ante o vulto das obras, todos os índices devem ser acompanhados de justificativa técnica, eis que superiores aos parâmetros usuais.

ITEM 9.3

56. Com efeito, a questão da apresentação da proposta financeira por licitante estrangeiro vem gerando muitas discussões judiciais e administrativas, pelo que deve o Administrador se acautelar quanto a isto, prevendo regras claras no Edital.

57. Nesta ordem, o art. 42, § 4º, da Lei nº 8.666/93, abaixo transcrito, ao tratar do julgamento das propostas apresentadas por licitantes estrangeiros, determina que os impostos, que recaiam exclusivamente sobre os licitantes brasileiros, sejam considerados também na proposta estrangeira:

“Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 4º. Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.”

58. Conclui-se, portanto, que, independentemente dos tributos que efetivamente devam ser recolhidos pelo licitante estrangeiro, para efeito de julgamento de sua proposta de preço, deverão ser considerados os tributos que recaiam exclusivamente sobre os licitantes brasileiros.

59. Vale dizer, mesmo que o licitante estrangeiro seja beneficiado por alíquotas menores ou isenções, estas não podem ser consideradas para efeito de julgamento, cabendo à SECPLAN formular cláusula neste sentido.

60. Se assim não fosse, o licitante estrangeiro estaria em situação preferencial em relação ao licitante brasileiro, no que se refere aos encargos tributários. A imposição em questão não visa a proteção do licitante nacional, mas tão somente de se proporcionar igualdade de competição entre os licitantes estrangeiro e brasileiro, levando-se, assim, a cabo o disposto no artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, consoante escólio da nossa doutrina:

“O princípio da isonomia deve estar sempre presente na mente do legislador, do intérprete e dos aplicadores da lei em geral. contudo, mesmo princípios desta importância guardam certos limites.

princípio da igualdade significa a necessidade de adoção de um tratamento isonômico entre os licitantes, para isso, todos os ofertantes devem encontrar-se na mesma situação, contando com as mesmas facilidades e fazendo suas ofertas sobre bases idênticas.”¹

¹ ADILSON ABREU DALLARI (in *Aspectos Jurídicos da Licitação*, ed. 1992, pp. 22 e 26).

“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.”²

61. A Lei de Licitações é clara ao estabelecer tal preceito, de modo que, mesmo isento do encargo deve ser computado na proposta oferecida pelo licitante estrangeiro, uma vez que devido exclusivamente pelo licitante brasileiro.

62. Ressalte-se, por essa via, que o disposto no § 4º, do artigo 42, da Lei nº 8.666/93, determina que se incluam no preço do licitante estrangeiro os tributos incidentes sobre o produto oferecido pelo licitante nacional, não importando se do licitante estrangeiro cobra-se ou não tais tributos. E, com efeito, isto deve ficar claro no instrumento editalício.

ITENS 9.10 e 9.11

63. Quanto aos itens em destaque, há que se compatibilizá-los em relação ao que se expôs nos comentários ao item 3.3 do edital (nº 31 e seguintes do presente parecer).

ITEM 10.12

64. Vide comentários ao item 3.4.

ITEM 12

65. Deve-se incluir as seguintes disposições, além das constantes na minuta:

“Os Envelopes, ainda não abertos, serão devolvidos fechados e intactos aos LICITANTES julgados inabilitados ou desclassificados no julgamento da fase imediatamente anterior, da seguinte forma:”

“a) não havendo renúncia expressa, por todos os LICITANTES, ao direito de interposição de recursos, logo após o prazo previsto na letra *a* do inciso I do art. 109 da Lei Federal nº 8.666/93;

“b) logo após o julgamento dos recursos interpostos, desde que decorrido o prazo do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93;”

“c) imediatamente, no caso da **alínea b** supra, se houver desistência expressa do recurso interposto;”

d) imediatamente, se houver renúncia expressa ao direito de recorrer.

“A peça recursal deverá ser clara, precisa e específica quanto ao pedido de reforma da decisão, inadmitindo-se pedido genérico.”

“Deverá, ainda, o recurso ser acompanhado de tantas cópias de idêntico teor quanto forem os LICITANTES, com vistas a se emprestar maior

² CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (in *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, ed. RT, 1978, p. 24)

transparência ao ato, bem como para facilitar o exercício da faculdade de impugnar ou não o recurso.”

“Nas fases recursais, que se sucederem na licitação, os LICITANTES terão amplo acesso ao processo e demais documentos que integrem a licitação, inclusive as propostas, após serem os envelopes abertos; podendo fazer tantas cópias quantas se fizerem necessárias para defesa dos seus direitos, responsabilizando-se, contudo, o LICITANTE pelo uso indevido dos documentos, textos, frases, palavras etc. que forem copiados.”

ITEM 14.2

66. Recomenda-se a inclusão da expressão: “*a cada alteração quantitativa...*”

ITEM 19.2.1

67. Deve-se melhor detalhar o livro de obras, com menção a expressa aceitação da Contratada ou a atestação de sua recusa, em relação aos fatos acontecidos na obra, pois isto será de substancial valia em caso de ação judicial futura.

ITEM 19.5

68. Em relação ao disposto no artigo 1.245 do Código Civil, a cláusula é restritiva se comparada com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, devendo, assim, ser redigida em termos mais satisfatórios, com vistas a se dar transparência e abrangência na imputação da responsabilidade do empreiteiro por qualquer falha na obra, desde que dentro do prazo legal:

“II — VERIFICADO O DEFEITO DE CONSTRUÇÃO NO PRAZO DE GARANTIA A QUE ALUDE O ART. 1.245 DO CÓDIGO CIVIL, TEM A PARTE INTERESSADA VINTE ANOS PARA AFORAR A DEMANDA DE REPARAÇÃO DE DANOS (Enunciado nº 194 DA SÚMULA/STJ).

III — A “SOLIDEZ” E A “SEGURANÇA” A QUE SE REFERE O ART. 1.245 DO CÓDIGO CIVIL NÃO RETRATAM SIMPLESMENTE O PERIGO DE DESMORONAMENTO DO PRÉDIO, CABENDO A RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR NOS CASOS EM QUE OS DEFEITOS POSSAM COMPROMETER A CONSTRUÇÃO E TORNÁ-LA, AINDA QUE NUM FUTURO MEDIATO, PERIGOSA, COMO OCORRE COM RACHADURAS E INFILTRAÇÕES.” (STJ. RESP 66565/MG (1995/0025220-1) — DJ de 24.11.1997 P.61222 Relator Ministro Sálvio de Figueiredo — Decisão de 21.10.1997 — 4ª Turma. Decisão unânime) Grifou-se.

ITEM 20.3

69. Vide comentários ao item 1.6.

DO CONTRATO — CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

70. No que tange à minuta contratual, idêntica sistemática àquela utilizada para exame do Edital será empregada no presente parecer para análise do contrato.

71. Em uma primeira fase e diante das alterações solicitadas no Edital, deve-se primordialmente compatibilizar a minuta contratual com o novel instrumento convocatório, em especial a questão ventilada sobre a competência para licitar e fiscalizar a execução do contrato.

72. Com efeito, competirá à Assessoria Jurídica da SECPLAN atestar o fato de que as alterações ora sugeridas, tanto no edital, quanto no contrato, uma vez aprovadas pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral, foram incorporadas ao texto do instrumento convocatório.

CLÁUSULA 5ª — § 9º

72. Ante as diversas demandas judiciais movidas contra o Estado, em relação ao tema abaixo tratado, sugere-se a inclusão de um § 9º contendo as seguintes disposições:

“Efetuado o pagamento através de crédito em conta corrente, o depósito valerá como instrumento de quitação do principal, dos juros e da correção monetária, salvo se houver ressalva expressa dirigida à Administração Pública no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contados da data do depósito em conta.”

CLÁUSULA 6ª — § 2º

73. Recomenda-se a inclusão da expressão: “a cada alteração quantitativa...”

CLÁUSULA 9ª — nº 2 § 1º

74. Por se tratar de exceção à Lei nº 8.666/93, a garantia de 30% deve fazer parte do despacho motivado do órgão executor (art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93).

75. A Administração deverá, igualmente, certificar-se de que a garantia atende a todos os requisitos estabelecidos no item 3.12 das normas do BID (fls. 104), em especial:

a) que o percentual de 30% cobrirá o custo total da obra em caso de inadimplemento da Contratada;

b) que o prazo de vigência da garantia seja superior ao do Contrato.

CLÁUSULA 11ª

76. Vide comentários ao item 6.9 do Edital (nº 40 deste parecer.)

CLÁUSULA 18ª

77. Incluir as seguintes disposições:

“O ESTADO remeterá cópia do presente CONTRATO ao Tribunal de Contas do Estado e à Procuradoria-Geral do Estado, no prazo de 05

(cinco) dias úteis da sua assinatura. Será, ainda, providenciada sua publicação, em extrato, no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do parágrafo único do artigo 61 da Lei Federal nº 8.666/93.

PARÁGRAFO ÚNICO — A publicação acima mencionada será custeada pela CONTRATADA.”

CONCLUSÃO

EM FACE DO EXPOSTO e ressaltando eventuais omissões, ante a exigüidade do tempo para o exame do tema, recomenda-se sejam feitas as alterações acima especificadas, com vistas a adequar o Edital e o Contrato aos termos da Lei, bem assim a proteger a Administração de eventuais impugnações desferidas contra o certame.

Nesta ordem, sendo a Assessoria Jurídica da SECPLAN chefiada por uma Procuradora do Estado, desnecessário é o retorno do presente processo a esta Procuradoria-Geral, desde que no âmbito da aludida Assessoria sejam atestadas as modificações ora solicitadas, bem assim haja expressa e formal aprovação pela Assessoria Jurídica do Edital, nos exatos termos da Lei nº 8.666/93.

É O PARECER.

SUB CENSURA

Renan Miguel Saad
Procurador do Estado