

PARECER Nº 37/93 - MARIA FERNANDA VALVERDE

Edital de licitação para contratar serviços de gerenciamento do Programa de Despoluição da Baía de Guanabara, e respectivo contrato. Exame de minutas.

1. Vieram a esta Procuradoria, para análise, as minutas de edital de licitação, por concorrência nacional, para a contratação de serviços de gerenciamento do Programa de Despoluição da Baía de Guanabara, e dos termos do correspondente contrato.

2. A rigor, trata-se de "modelos" de edital e de contrato, uma vez que estão em branco os espaços reservados à especificação de elementos necessários à definição do procedimento e do contrato. Não obstante, examina-se o material que nos foi enviado.

I - EDITAL

3. Desde logo parece-me que o objeto da licitação está ambíguo. Com efeito, pelo aviso da concorrência, trata-se de "gerenciamento geral do Programa de Despoluição da Baía de Guanabara", enquanto o edital refere que se cuida apenas de "apoio à CODEG de gerenciamento..." Penso que devem ser compatibilizadas as expressões.

4. Constatando-se ser a primeira vez em que aparece a referência a certas entidades, nacionais ou estrangeiras, é recomendável que sejam identificadas pelo nome e sigla, para que ao longo do texto fique facilitada a identificação pelo interessado. Assim, no item 1 do edital deve-se, na primeira oportunidade em que são mencionados, identificar o BID e o DECF, deixando para depois o uso da sigla.

5. A descrição dos serviços foi remetida para o Anexo III-Projeto Básico item Escopo dos Serviços, consistente, basicamente, em apoio técnico e administrativo à alta direção da CODEG, elaboração do planejamento do Programa; coordenação do orçamento básico; assessoramento na elaboração de rotinas e procedimentos e na avaliação de desempenho; inspeções; execução das atividades de programação, supervisão e controle físico-financeiro e contábil dos empreendimentos e do Programa, etc.

6. Aliás, cabe a esta altura mencionar a estrutura do edital e seus Anexos: O Edital tem 20 itens, sendo integrado por 4 Anexos:

Anexo I - Instruções Gerais

Anexo II - Modelo de Carta Proposta de Preço, que deverá ser acompanhada do Anexo 1 (Cronograma Físico-Financeiro), Anexo 2 (Planilhas Orçamentárias, cujo modelo está apresentado)

Anexo III - Projeto Básico (escopo dos serviços, estimativa orçamentária, informações gerais sobre o PDBG, desenhos de arranjo geral dos projetos, etc.)

Anexo IV - Minuta de Contrato.

No que tange ao Anexo III - Projeto Básico - é ele constituído de várias partes:

A - entidades envolvidas e modelo gerencial

1. escopo dos serviços
2. relação dos projetos do PDBG
3. quadro de usos e fontes
4. estimativa orçamentária
5. desenhos de arranjo geral dos projetos

E menciona estarem disponíveis para consulta: projetos básicos detalhados e minutas dos contratos BID e seus anexos.

Desses itens só constam no processo os correspondentes às entidades envolvidas no Programa (letra A, sem o desenho do modelo gerencial) e o escopo dos serviços (item 1).

7. Tratando-se de projeto financiado com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento-BID, deve ser referida a legislação desse organismo internacional (item 3.1). Por outro lado, da Lei nº 8.666/93 só se extraem as normas gerais, a cuja observância estão obrigadas todas as entidades da Federação (C.F. art. 22, XXVI).

8. É necessário ser revista a redação do item 4.1, que me parece truncada no trecho "não sendo permitido que uma mesma empresa participe, simultaneamente, através de mais do que em um consórcio e/ou isoladamente".

9. O tipo de licitação (item 8) - "técnica e preço" - está de acordo com o disposto no art. 46 da Lei nº 8.666/93, que restringiu esse tipo de licitação a certos serviços, de natureza predominantemente intelectual, dentre os quais o de gerenciamento. O edital deve ser publicado com o mínimo de 45 dias de antecedência (art. 21, § 2º, da mesma Lei).

10. O mês de referência da estimativa orçamentária é agosto/93 (item 10), sendo que na Carta-Proposta figura setembro/93.

11. Embora esteja em branco o capital mínimo exigível (item 13) não pode ele exceder a 10% (dez por cento), do valor estimado da contratação (art. 31, § 3º, da Lei nº 8.666/93).

11.1 - Por outro lado, a lei exige que os índices contábeis (item 13) sejam justificados no processo administrativo que iniciou o processo licitatório (art. 31, § 5º da Lei nº 8.666/93).

12. Tanto a forma de pagamento quanto a de reajustamento de preços (itens 14 e 15) têm suas condições estabelecidas no Anexo I.

13. Quanto ao item de comprovação da capacidade técnico-profissional (item 16.2.1.1), não há necessidade de se estabelecer uma alínea, em sendo única. Assim, o conteúdo da alínea *a* se integraria ao próprio item, logo após a expressão "execução dos serviços de".

13.1 - A não apresentação de atestado dessa capacidade técnico-profissional implica na *inabilitação* do licitante, haja vista estar-se no campo da habilitação, e não no de julgamento. Deve ser retificado, pois, o subitem 16.2.1.2.

13.2 - Evidentemente que os atestados devem guardar pertinência com o objeto da licitação: gerenciamento do Programa, o que envolve múltiplas atividades.

Nas palavras de HELY LOPES MEIRELLES, o gerenciamento é atividade técnica de mediação entre o dono da obra e seus executores, cabendo ao gerenciador não a execução material da obra, mas propiciar sua execução, indicando os meios mais eficientes e econômicos para sua realização (vide *Licitação e Contrato Administrativo, S.P.*, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 320).

E leciona:

"Daí por que consideramos atribuições do gerenciador as atividades de programação, supervisão, consultoria, controle e fiscalização de todo o empreendimento gerenciado". (*idem*, p. 321)

13.3 - Ora, tal como exigido no edital - atestado de responsabilidade técnica pela execução dos serviços de gerenciamento de implantação de empreendimento de saneamento básico em região urbana, incluindo planejamento, programações e controle físico-financeiro - a cláusula de qualificação técnica é *restritiva*.

13.4 - Com efeito, pelo art. 30, § 1º, alínea *a* da Lei nº 8.666/93, a comprovação deve referir-se a obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. E o § 2º determina que essas parcelas sejam prévia e objetivamente definidas no instrumento convocatório.

13.5 - Merece, assim, ser reavaliada a exigência de qualificação técnica, nos termos em que foi posta, porque, ao excluir a similaridade prevista na lei, inibe a participação na licitação, frustrando a competitividade (art. 30, § 5º c/c art. 3º, § 1º, II, ambos da Lei nº 8.666/93).

13.6 - Ao analisar o disposto no art. 30, § 1º, alínea *a*, da Lei de Licitações, MARÇAL JUSTEN FILHO leciona:

"O licitante deverá comprovar que seu corpo técnico abrange profissionais sob cuja responsabilidade técnica foram executadas obras e serviços similares aos que serão objeto da contratação." (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Rio, Aide Editora, 1993, p. 173).

E adverte:

"A exigência de experiência dos profissionais tem de limitar-se apenas às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação". A Lei não define o que se deve entender sob essa expressão. Restringe-se a determinar que serão definidas, de modo prévio e objetivo, para cada licitação específica. A liberdade da Administração não pode frustrar os claros objetivos da Lei. Não é admissível transformar questões de relevância técnica menor em exigência de habilitação, nos termos do inc. II." (*idem*, *ibidem*).

E conclui:

"É proibido rejeitar atestados, ainda que não se refiram exatamente ao mesmo objeto licitado, quando versarem sobre obras ou serviços similares e de complexidade equivalentes ou superior. A similitude será avaliada segundo critérios técnicos, sem margem de liberdade para a Administração." (*idem*, p. 174). g.n.

13.7 - Essa orientação norteará os órgãos técnicos na reformulação do conteúdo de atestados que comprovem a capacidade técnica dos profissionais que integram o quadro da empresa licitante.

14. Nas Instruções Gerais, em que se constitui o Anexo I do edital, no item 4.2.2 - *prova de regularidade fiscal* - alínea *a* é aconselhável repetir os termos da Lei, acrescentando que a inscrição nos Cadastros de Contribuintes Estadual e Municipal deve ser relativa ao domicílio ou sede do licitante, e "pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual." (art. 29, II, da Lei nº 8.666/93).

14.1 - No item relativo à *prova de idoneidade econômico-fiscal*, parece-me restritiva a exigência de certidão negativa de pedido de falência ou concordata abrangendo os últimos 10 (dez) anos. A rigor, uma empresa pode ter tido um desses percalços nesse período e, no entanto, estar perfeitamente reabilitada e em condições de cumprir as obrigações assumidas, se vencedora for da licitação. O que importa é a situação econômico-financeira do licitante na época da licitação, por isso a lei não estabelece qualquer prazo.

Essa cláusula deve ser reformulada, para se excluir o período de abrangência da certidão, sob pena de se ferir o disposto no art. 3º, § 1º, I c/c art. 31, II, ambos da Lei nº 8.666/93.

14.2 - Quanto à *comprovação da capacidade técnica*, observo que nela figura, além da pertinente aos profissionais da empresa, aquela chamada de capacidade técnico-operacional, cujo dispositivo específico foi vetado pelo Poder Executivo.

Entendo, contudo, ser altamente salutar que a Administração disponha de elementos para aferir a real capacidade operacional do licitante, porque é de suma importância a estrutura, organização, perfil empresarial, para o efetivo cumprimento das obrigações contratuais. Por isso, atual se revela a lição do saudoso HELY LOPES MEIRELLES.

"Comprova-se a capacidade técnica genérica pelo registro profissional: a capacidade técnica específica por atestados de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação; a capacidade técnica operativa pela demonstração da existência de aparelhamento e pessoal disponíveis para a execução do objeto da licitação constante do edital." (Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 135).

Assim, a capacidade técnica da licitante pode ser examinada sob todos esses aspectos pela Comissão, desde que previsto no ato convocatório.

14.3 - Tenho dúvidas quanto ao disposto na alínea *g* do item 4.2.5 - *renúncia ao direito de faturar sem prévia autorização da CODEG*. No mínimo, tal exigência dificultará a apuração do ISS para pagamento no prazo devido, em face de o imposto municipal incidir sobre a prestação de serviços, não importando a data do faturamento, que, a rigor, deverá ocorrer a cada mês.

O que se tem verificado até então é a emissão regular da fatura, que tem o pagamento condicionado à sua aprovação pelo contratante. Em se apurando erros quanto ao seu conteúdo, resta o cancelamento da fatura, e substituição por outra.

14.4 - No item 4.2.6, a palavra "desclassificação", deve ser substituída por "inabilitação", porque se está cuidando de procedimentos da fase da habilitação.

14.5 - Tratando-se de Projeto que envolve várias entidades do Estado - CEDAE, SERLA, FEEMA, IEF - revela-se desarrazoado privilegiar os inscritos na Divisão de Licitação da CEDAE (4.2.7) dispensando-os da apresentação dos documentos da prova de personalidade jurídica (4.2.1, alíneas *a* a *c*) e da inscrição nos vários Cadastros de Contribuintes; tratamento igualmente previsto para os consórcios (alínea *e* do item 4.2.9). Parece-me que seria o caso de se considerar qualquer cadastro, principalmente o cadastro de Fornecedores da Administração (art. 6º, IV do Decreto nº 1.064/76).

14.6 - O prazo de duração do consórcio (subitem 4.2.9.f) - após a aceitação definitiva do empreendimento mais 8 meses - deve ter alguma razão técnica que me escapa e certamente está justificado no processo administrativo.

14.7 - Parece-me que o item 4.2.9.m repete o que já está no 4.2.9.g, porque ambos cuidam da responsabilidade solidária das empresas consorciadas.

14.8 - Quanto à *proposta técnica*, o edital (Anexo I, item 5.2) extraiu do art. 46, I, da Lei nº 8.666/93 os aspectos a serem considerados em sua elaboração e posterior julgamento. Considero impertinente, todavia, a afirmativa de que a disponibilidade de pessoal será verificada pela indicação do número de profissionais de nível superior e respectiva carga atual de trabalho, através da "relação de contratos vigentes, com respectivos valores, avanços percentuais e profissionais de nível superior alocados". (item 5.2.1.1).

Essa exigência invade a privacidade empresarial dos participantes, deixando-a exposta também ao conhecimento de seus concorrentes, o que se pode revelar prejudicial aos seus interesses comerciais.

Ademais, é de se supor que as licitantes não disporão, em *stand by*, de técnicos de suas equipes permanentes para assumir novos trabalhos e compromissos de vulto, sem necessidade de adequá-las à situação emergente, mediante remanejamento e até eventuais contratações.

Por isso a Lei nº 8.666/93 determina que as exigências mínimas relativas a pessoal técnico especializado consideradas essenciais para o cumprimento do objeto da licitação serão atendidas por relação explícita e declaração formal de sua disponibilidade (art. 30, § 6º).

A Administração dispõe de mecanismos sancionatórios para quem descumpra o cronograma de serviços. É só prever as sanções e aplicá-las no momento próprio.

14.9 - O item 6.7 colide com o disposto no art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/93, haja vista aquele permitir a complementação dos documentos da Proposta de Preços apresentada, a critério da CODEG; quando a lei veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

14.10 - O julgamento da proposta técnica se baseará em pontos a serem atribuídos aos aspectos exigidos em sua elaboração.

Neste ponto, falta a objetividade que a Lei exige em vários dispositivos (art. 3º, art. 30, § 8º; art. 40, VII; art. 44, § 1º, 45).

Com efeito, está previsto o máximo de pontos por itens e subitens da proposta técnica, mas não há parâmetros para aferir a atribuição desses pontos, no intervalo do mínimo e máximo. Esses parâmetros devem ser objetivos, para impedir qualquer subjetividade no julgamento.

Por exemplo, à experiência da licitante poderão ser atribuídos até 30 pontos, subdivididos em dois quesitos de 15 pontos cada. Não está, todavia, fixado o critério para individuar a nota de cada concorrente, considerado o intervalo de 0 a 15. Em síntese, falta a informação do critério objetivo de julgamento. Não basta a previsão de que a Comissão justificará cada nota atribuída aos subitens (7.6.4.1). É preciso que sejam pré-fixados os critérios de julgamento.

Observe-se que em serviços de grande vulto e alta complexidade técnica poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação será efetuada exclusivamente por *critérios objetivos* (art. 30, § 8º).

A objetividade do julgamento é imprescindível à preservação de todos os demais princípios da licitação.

14.11 - No que concerne à fórmula de aferição da nota técnica, é certo que se trata de matéria que escapa ao exame estritamente jurídico.

Não posso, no entanto, deixar de observar que a eleição de certos índices - questão eminentemente técnica - pode ensejar frontal violação aos princípios estabelecidos na lei. Basta, para isso, que uma ponderação de notas imperfeitamente estabelecida direcione a licitação, frustrando o princípio da ampla competição, levando o Poder Público a celebrar o contrato mais "vantajoso" em termos meramente formais, mas distantes da realidade do mercado.

No caso concreto, a nota técnica resulta da multiplicação dos pontos obtidos por dois fatores.

O primeiro deles (A₁), pode ser 1 (um), se a licitante obtiver 60% (sessenta por cento) ou mais da pontuação máxima em todos os 6 (seis) itens; e pode ser 0,5 (meio), se obtiver menos de 60% (sessenta por cento) em qualquer dos itens.

O segundo deles (A₂) também varia: 1 (um), se a licitante obtiver o somatório da pontuação igual ou superior a 80 (oitenta); 0,5 (meio), se tiver menos que 80 pontos.

Percebe-se que uma empresa pode ser altamente qualificada e não obter os 60 pontos em um dos seis quesitos. Embora sua pontuação inicial possa ter sido alta, será prejudicada pela aplicação da fórmula, quando terá seus pontos reduzidos drasticamente à metade. Outra empresa pode não ser tão qualificada, mas obter uma pontuação regular em todos os quesitos, sendo beneficiada ao final.

Parece-me que a ponderação deveria ser mais elástica, atingindo, para fins de redução da pontuação, mais de um item, itens proporcionais ao seu quantitativo (em seis itens, por exemplo, usa o fator 0,5 se obtiver menos de 60% em três deles).

A preocupação deve ser com a intangibilidade dos princípios da licitação, inclusive um implícito, que é o da razoabilidade.

14.12 - Quanto à proposta de preço, (item 7.7 do Anexo I) sua nota resulta da aplicação de uma fórmula em que são considerados o *menor valor global* entre as propostas cujos preços foram aceitos e o valor global da proposta do licitante em questão, numa relação percentual (item 7.7.6).

Quando se usa numa fórmula elemento a ser declarado por licitante (no caso, o menor valor), corre-se maior risco de interferência intencional na composição da nota, com a apresentação de proposta cujo único intuito seja o de "adequar" o preço menor a ser levado para cotejo. Isso deve ter sido considerado por ocasião da elaboração da fórmula.

14.13 - A classificação final será feita de acordo com a média ponderada das valorizações das Propostas Técnica e de Preço, sendo que o peso da nota técnica será 60 e o da nota de preço será 20 (item 7.7.7).

Com essa ponderação tão distanciada entre técnica e preço, a rigor está-se dando uma superdimensão àquela, muito mais do que na própria licitação do tipo exclusivamente de melhor técnica.

Com efeito, na licitação de "melhor técnica", uma vez classificadas as propostas técnicas, abrem-se as propostas de preço e se parte para uma negociação entre o mais bem classificado tecnicamente, tendo por referência a menor proposta de preço; de sorte que a melhor nota técnica não assegura ao licitante a vitória nesse tipo de licitação (art. 46, § 1º, II e III, da Lei nº 8.666/93).

Ora, se numa licitação de melhor técnica, o preço vai comandar, a final, o julgamento das propostas classificadas, não se pode admitir que numa concorrência de técnica e preço (art. 46, § 2º), este tenha valor insignificante (peso 20 em relação a peso 80 da nota técnica). A ser assim, talvez fosse mais recomendável fazer licitação do tipo melhor técnica, do contrário deve-se harmonizar a técnica e o preço, para que não se distanciem a ponto de descaracterizar a licitação, ou até direcionar-lhe o resultado, o que contraria os princípios da lei.

Numa interpretação sistemática da Lei, revela-se-me imprópria essa fórmula.

14.14 - O item 7.7.3 permite que a Comissão de Licitação desclassifique a licitante "que não tenha cumprido, integral e totalmente, contratos com quaisquer órgãos ou entidades da administração pública ou empresas privadas".

Ora, pode ser que o descumprimento tenha sido por interesse do contratante, ou até por sua culpa. Ademais, se o licitante não tiver cumprido as obrigações contratuais, certamente já terá sido punido, até com a suspensão para licitar, por prazo não superior a dois anos (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93).

Afigura-se-me, portanto, descabida essa previsão.

14.15 - O item 7.7.5 faz uma remissão equivocada ao artigo 45, § 1º, I, que cuida de licitação do tipo menor preço, quando no caso em tela se trata de licitação técnica e preço.

A rigor, devem ser simplesmente explicitados os critérios para aferição do preço, que será transposto para a fórmula da nota final, em cotejo com a nota técnica.

14.16 - A Lei exige que no edital seja estabelecido o critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso (art. 40, X).

E no julgamento, a avaliação e valoração das propostas de preços serão feitas de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório (art. 46, § 2º, I, da Lei de Licitação).

Pelo que consta no edital, parece que só serão desclassificadas as propostas de preço cujo valor ofertado seja excessivo ou inexequível.

Se for essa a idéia, deve ficar inequivocamente expressa.

14.17 - A redação do item 8.1 me parece ambígua, porque dá a impressão de que cabe à licitante a escolha do prazo para assinar o contrato, quando deve ser da Administração a prerrogativa de fixá-la (art. 64 da Lei nº 8.666/93), não podendo ultrapassar os 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, porque então ficam liberados, os licitantes, dos compromissos assumidos.

14.18 - A garantia do contrato (2% sobre o valor do contrato a ser firmado) está de acordo com o art. 47, § 2º, item 2 do Decreto-RJ nº 3.149/80, que é o limite estabelecido para serviços.

14.19 - Quanto ao reajustamento de preços, são oferecidos índices distintos para pessoal (índice EMOP para consultoria) e para equipamentos de informática, viaturas e linhas telefônicas (índice IGPM-Fundação Getúlio Vargas).

Ficou-me uma dúvida quanto à fixação do índice inicial como sendo o do mês anterior (ao da execução dos serviços e ao da elaboração da Estimativa Orçamentária da CODEG), haja vista a Lei referir-se à variação dos índices desde a data da proposta ou do orçamento a que esta se referir (art. 40, XI, Lei nº 8.666/93). Certamente no processo administrativo estará a explicação para essa divergência.

14.20 - A previsão de pagamento está no item 11 do edital: 30 dias corridos a partir da entrega da medição, à exceção do pagamento de 1ª parcela, que se dará em 20 dias (não atinei com a razão para essa redução de prazo).

14.20.1 - A partir do dia seguinte ao da primeira apresentação da medição até a data do efetivo pagamento, o valor da fatura será atualizado financeiramente com base na TR, *pro-rata dies* (item 11.2).

Havendo atraso no pagamento (30 dias após a entrega da medição) incidirão juros de 1% ao mês, *pro-rata dies*, contados do dia seguinte ao do vencimento (item 11.3.1). A mesma regra, *mutatis mutandis*, se aplica ao caso de pagamento antecipado (item 11.3.2).

14.20.2 - A respeito da atualização monetária do pagamento, o Procurador do Estado, Dr. NELSON NASCIMENTO DIZ, emitiu o Parecer nº 49/93 - NND, em que, confrontando o disposto na Lei Federal nº 8.666/93, na Constituição do Estado (art. 77, XXV) e na Lei Estadual nº 1.604/90, concluiu que:

"As regras estaduais que prevêm a atualização monetária para os pagamentos em atraso estão superadas (...)."

O sistema adotado pela Lei nº 8.666/93 elimina os riscos de uma correção pré-fixada, embutida no preço pelo licitante, substituindo-a pela correção pós-fixada, efetivamente ocorrida, critério muito mais justo para ambas as partes, contratante e contratado."

E resume, de forma simplificada, o sistema da Lei nº 8.666/93:

"a) o preço é apresentado, originariamente, como preço à vista;

b) no curso da prestação contratada (fornecimento, obra, serviço), o preço acompanha a variação dos índices setoriais específicos entre a data de sua fixação inicial e a data de conclusão da etapa contratada;

c) após a prestação do serviço, o crédito é monetariamente atualizado até o seu efetivo pagamento, o qual, de ordinário, deve ocorrer até 30 dias da prestação concluída;

d) ocorrendo o pagamento além dos 30 dias acima referidos, faz jus o credor a "compensações financeiras e penalizações", isto é, juros e multas, como necessariamente deve estar definido no contrato;

e) valendo-se o devedor (a Administração Pública) da faculdade de pagar antecipadamente, terá direito a desconto."

14.20.3 - No caso em apreço, o edital prevê o não pagamento de multas, pela CODEG, por eventuais atrasos nos pagamentos (item 11.3.3).

14.21 - Está prevista a faculdade de a fiscalização aplicar multas de até 20% do valor da fatura, no caso de a empresa não atender às solicitações feitas (item 11.4).

Parece-me que deveriam ser definidas as formas de cobrança dessas multas, inclusive a moratória, a exemplo do que está previsto no edital de licitação internacional para fornecimento de equipamentos (itens 15.5 a 15.7).

15 - Consta o modelo da Carta Proposta de Preço (fls. 37/38), que alude a 2 Anexos: o do Cronograma físico-financeiro e o das Planilhas de preços unitários, este com o modelo de planilha orçamentária (de pessoal, outros recursos e despesas reembolsáveis).

15.1 - As instalações de escritórios para a gerenciadora serão fornecidas pela CODEG, incluindo limpeza, manutenção, condomínio, luz, segurança e pessoal de recepção (item 5 das Observações ao final do Modelo de Planilha Orçamentária).

16. O Anexo III tem o título de Projeto Básico.

16.1 - Desse Anexo consta a relação das entidades envolvidas no Projeto, aparecendo como co-executores: SERLA, FEBMA, CIDE, CEDAB, IEF, SOSP e algumas Prefeituras; e o escopo dos serviços.

16.2 - Não figura no processo, embora sejam referidos como integrantes do Anexo III: o modelo gerencial, a relação dos projetos do Programa de Despoluição da Baía de Guanabara, o quadro de usos e fontes; a estimativa orçamentária; os desenhos de arranjo geral dos projetos.

16.3 - Também está mencionado que se acham disponíveis para consulta: os projetos básicos detalhados e as minutas dos contratos BID e seus anexos. Esses contratos, contudo, não vieram aos autos.

17. Além das observações feitas, no edital devem ser previstas as instruções e normas para os recursos contra as decisões da Comissão e as condições do recebimento do objeto da licitação (art. 40, incisos XV e XVI da Lei nº 8.666/93).

18. Pelo § 2º do art. 40 da Lei de Licitações constituem anexos do edital: o projeto básico, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos; o demonstrativo do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários; a minuta do contrato; especificações complementares e as normas de execução.

II - MINUTA DE CONTRATO

19. Deve ser complementada a legislação que rege o contrato, com a expressa referência à Lei nº 287, de 20.12.79 - Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública do Estado - e seu Regulamento, além das Normas do Banco Interamericano de Desenvolvimento.

20. Quanto ao objeto do contrato, cabem as observações feitas a respeito do edital: será o próprio gerenciamento ou simples apoio a essa atividade?

21. Dentre as obrigações da contratada consta a de destinar um recinto em seu escritório para alojar o pessoal da fiscalização da CODEG (cláusula 6.1, alínea n). Mas pelo edital (Observação 5 do Anexo 2 à Carta Proposta), as instalações de escritórios serão fornecidas pela CODEG. Seria recomendável compatibilizar os dispositivos.

22. O atraso na entrega de relatórios e quaisquer documentos em relação às datas previstas no respectivo cronograma sujeita a contratada às penalidades previstas no item 13.9 do contrato (cláusula 7.3). Parece-me recomendável explicitar a forma de cobrança dessas penalidades, como observei no item 14.21 do edital.

A cláusula 13.9 prevê que havendo atraso na execução dos serviços em relação ao cronograma, no cálculo de reajustamento da fatura se considerará como índice "1" o do mês anterior ao previsto no cronograma, e não o do mês anterior ao da prestação de serviços (que se fez com retardo). Só serão passíveis de incidência dessa pena as parcelas executadas com atraso, que serão desmembradas daquelas realizadas a tempo.

23. Quanto à renúncia ao direito de faturar pela contratada, remeto ao que observei no item correspondente no edital.

Aliás, o item 12.2 do contrato me parece abundante em relação ao item 12.1: ambos cuidam de pagamento das faturas em 30 dias contados da medição.

24. Ainda quanto à regra de faturamento, prevê o item 12.1 que a contratada não emitirá faturas sobre serviços não aceitos pela fiscalização. Mas será com base na fatura que a CODEG impugnará, ou não, os serviços da contratada, quando poderá efetuar glosas por valores indevidos (item 12.5).

Esse desdobramento da aceitação dos serviços - antes e após a emissão da fatura, sendo pré-requisito para esta, mas não representando aprovação definitiva - reforça as observações que expendi a respeito do tema na parte correspondente à análise do edital.

25. O item 12.2.2 merece uma adaptação em seus termos. Isso porque refere, inicialmente, que, sendo devolvida a medição para a contratada sanar erros, serão acrescidos, no prazo de 30 dias, para pagamento, os dias contados entre a data da devolução e a da reapresentação. E a seguir explica que nesse caso o pagamento da fatura correspondente à medição reapresentada se fará 30 dias contados da reapresentação.

Evidentemente que há um lapso de tempo entre as duas afirmativas, correspondente à data de medição impugnada e sua devolução pela CODEG. Esse prazo será computado para fins de pagamento, descontando-se apenas o período entre a devolução da medição e sua reapresentação pela contratada. É o que está expresso no início do item 12.2.2. Ante a dúvida, deve ser redigido com mais clareza o item.

26. A cláusula 15.7 repete o que já estava afirmado na cláusula 2ª: fiscalização dos serviços pela CODEG.

27. A cláusula 16.1 deverá ser adaptada, porquanto o art. 78 contém motivos para rescisão por culpa não só do contratado (ex. itens III e IV), mas também da Administração (ex. itens XIII e XIV). Assim, a simples alusão ao art. 78 é imprópria.

Por outro lado a previsão de renúncia a indenização por eventual rescisão do contrato pode ensejar um aumento de preço, em face do risco que o empresário assumirá. Para tanto, parece-me salutar o cumprimento do disposto no art. 79, § 2º, da Lei 8.666/93.

28. A cláusula 16.2 - denúncia do contrato por qualquer das partes - afigura-se-me incompatível com o tradicional sistema jurídico das contratações do Poder Público, haja vista deixar ao alvedrio do contratado a continuidade da execução dos serviços, anulando os

direitos que a Administração, titular, no contrato, do chamado *ius variandi*, tem assegurados, como, por exemplo, no art. 58, I e II; art. 65, I e § 1º; e art. 87, todos da Lei nº 8.666/93.

Além das observações referidas, faltam, na minuta examinada, as cláusulas correspondentes aos incisos V, IX e XI do art. 55 da Lei nº 8.666/93.

Essas as considerações que me ocorrem, Senhor Procurador-Geral, submetendo-as à apreciação de V. Exa.

Maria Fernanda Valverde
Procuradora do Estado

VISTO

De acordo com o minudente e cuidadoso Parecer. Ao Gabinete.
Em 07.12.93

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

Aprovo o Parecer nº 37/93-MFV, subscrito pela ilustre Procuradora MARIA FERNANDA VALVERDE (fls. 75/98), visado pela Chefia da d. Procuradoria Administrativa (fls. 99).

Com o cuidado e o zelo de sempre, a douta parecerista percorre, minuciosamente, todos os caminhos traçados nas minutas do edital e de contrato, oferecendo, de um lado, inúmeras contribuições para o aperfeiçoamento dos textos e esclarecimento de proposições eivadas de uma certa dubiedade, evidenciando, de outro lado, alguns aspectos que contrariam, expressamente, o disposto na Lei nº 8.666/93.

Conselhos e críticas devem, pois, ser considerados pela Administração, na busca da elaboração de instrumentos obedientes à melhor técnica e à mais desejável transparência.

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, sugerindo a posterior remessa do processo à Secretaria de Obras e Serviços Públicos.

Em 13 de dezembro de 1993

Luiz Carlos Guimarães Castro
Subprocurador-Geral do Estado
(em exercício)

Ofício nº 199/PRES-CODEG
Proc. nº E-14/037904/93