

Redação da lei sobre licitações e contratos é um primor de confusão

04/06/2009

O parágrafo 2º do artigo 48 da Lei 8.666/93 exige a cobrança de garantia adicional para contratar com licitantes que apresentem propostas exequíveis, mas que sejam de valor global inferior a 80% do menor de um dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração ou b) valor orçado pela Administração.

A redação da lei é um primor de confusão. Da sua nebulosa redação não é possível concluir, com absoluta certeza, se:

a) o valor da garantia adicional é obtido subtraindo-se do valor da média das propostas exequíveis o valor da proposta a ser reforçada com garantia adicional. Ou b) se tal garantia seria calculada com base na diferença entre 70% da média das propostas exequíveis, subtraindo-se daí o valor da proposta apresentada. Veja o que diz a Lei 8.666/93:

Artigo 48. Serão desclassificadas:

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

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

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

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

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

Assim, num caso concreto em que a média das propostas exeqüíveis for R\$2.792.369,83 e a proposta ganhadora for de R\$2.000.122,50, temos as seguintes hipóteses:

— 70% da média das propostas é R\$1.993.658,88;

— 80% da média das propostas é R\$2.209.895,86;

Portanto, a proposta vencedora é maior que 70% e menor que 80%. Desta forma, como calcular o valor do reforço de caução?

Adotando-se o critério “a”:

a) o valor da garantia adicional é obtido subtraindo-se do valor da média das propostas exeqüíveis o valor da proposta a ser reforçada com garantia adicional, temos que $R\$2.762.369,83 - R\$ 2.000.122,50 = R\$762.247,33$

Mas, adotando-se o critério “b”:

b) se tal garantia seria calculada com base na diferença entre 70% da média das propostas exeqüíveis, subtraindo-se daí o valor da proposta apresentada, temos: $R\$2.000.122,50 - R\$1.993.658,88 = R\$66.463,62$;

Ou seja, o valor da garantia adicional, diante da confusa redação da lei, no caso concreto, pode ser R\$762.247,33 (pelo critério “a”) ou R\$66.463,62 (pelo critério “b”).

É importante ressaltar que eméritos tratadistas adotam a tese de que é o cálculo da letra “a” é que está correto. Neste caso, pode ser citado, como exemplo, João Ribeiro Mathias Duarte, in *Desenvolvimento do Procedimento Licitatório*, Editora Unesp, pags. 108/109. No mesmo sentido a opinião do consagrado administrativista Marçal Justen Filho, in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 11ª edição, página 458).

Porém, deixando essa dificuldade apontada para os casos em que a licitação se processe mediante concorrência, tomada de preço ou convite, resta analisar se os dispositivos citados se aplicam ao pregão. A resposta só pode ser negativa.

A Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade do pregão, estabelece no artigo 9º, que:

Artigo 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Entretanto, nada há como se aplicar tais dispositivos no rito do pregão.

Isto porque o pregão não prevê proposta inexequível (embora o pregoeiro deva examinar a inexequibilidade das propostas e assim declará-las motivadamente) e nem é do conhecimento dos licitantes o valor orçado pela Administração. Aliás, ao contrário das modalidades disciplinadas pela 8.666/93, no pregão é vedado ao licitante conhecer o orçamento da Administração.

Isto porque o pregão só trata de serviços comuns de pequena complexidade, que possam ser definidas completamente no edital. E pela sua natureza, tem o objetivo de obter preços mais

competitivos num processo de lances sucessivos.

É sabido que a garantia exigida pela Administração onera a proposta do licitante, que repassa ao valor de sua proposta os custos financeiros das garantias exigidas. Não sabendo ele o valor do orçamento da Administração, corre o risco de ser pego de surpresa com a exigência de garantias adicionais por haver dado lance convenientemente menor para a Administração. Ora, se esta acha temerário contratar com valores abaixo de um piso, deveria esclarecer isto no edital do pregão, deixando claro que, para propostas abaixo deste piso, será exigida garantia adicional.

Outro aspecto que dá a certeza de que o instituto da garantia adicional não se aplica ao pregão é o de que, nas licitações comuns, a Administração fixa um teto a partir do qual o licitante está desclassificado. No pregão não há teto. Assim, para um serviço orçado em R\$100.000,00, nada impede que um licitante ofereça R\$1.000.000,00, dez vezes mais do que o orçado. Neste caso, o licitante que assim procede não ganhará o certame, mas elevará o valor da média, criando profundos problemas para a Administração, na hora de aplicar a conta do artigo 48.

Aliás, Marçal Justen Filho, ao falar sobre o pregão, não toca no assunto de caução adicional, exceto indiretamente, falando sobre exeqüibilidade, no seguinte trecho (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, Dialética, 4ª edição, página 132):

“A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexecuibilidade não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexecuível é problema particular do licitante, que deve resolver-se através da punição exemplar (quando não for honrada) ou no âmbito da repressão à prática de abuso do poder econômico (quando sujeito valer-se do seu poder econômico para infringir a competição econômica leal)”.

O mesmo autor ainda conclui “que a questão da inexecuibilidade não pode ser enfrentada, no âmbito do pregão, com os mesmos critérios e soluções previstos para as demais modalidades de licitação”.

Já Joel de Menezes Niebuhr, in Licitação Pública e Contrato Administrativo, Zenite, página 303, é claro:

“Muito embora não haja nenhuma contradição entre norma específica da Lei 10.520/02 e o § 1º do artigo 48 da Lei 8.666/93, a operação aritmética prevista nele não se compatibiliza com a sistemática própria do pregão. Está-se diante, portanto, de uma contradição de ordem implícita, de uma contradição de caráter sistêmico”.

E prossegue:

“Sob este contexto, o parágrafo 1º da Lei 8.666/93 não pode ser aplicado ao pregão porque ele redundaria em determinação oblíqua de preço mínimo”.

E conclui:

“Sucede que o licitante, ao formatar a sua proposta, não tem como prever a necessidade ou não de oferecer a garantia adicional e, por isso, não tem meios de incluir seu custo na proposta. A

garantia adicional só é exigida para a assinatura do contrato, depois de ofertadas e classificadas as propostas, comparando umas com as outras, de acordo com os critérios de cálculo já descritos. Insiste-se que os interessados — para avaliar suas condições de participar do certame, para elaborar e para oferecer suas propostas — devem conhecer quanto irão despendar para futuramente cumprir o contrato, para satisfazer o interesse público.

Com base em tais esclarecimentos é que eles calculam os custos e os benefícios que podem ser obtidos com o contrato, determinando a sua participação, a qualidade dos produtos ou serviços ofertados e os respectivos preços. Desta sorte a garantia adicional, prevista no § 2º do artigo 48 da Lei 8.666/93 ofende o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e a proposição constitucional quem prescreve a manutenção das condições efetivas da proposta, haja vista que gera em desfavor do contratado custo não previsto no instrumento convocatório, sem a respectiva contrapartida da Administração.

Em síntese, o parágrafo 2º do artigo 48 da Lei 8.666/93, que se refere à garantia adicional, por violar a norma expressa do inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, é eivado de inconstitucionalidade (pagina 429)."

Há que se lembrar, finalmente, que o mecanismo consagrado na Lei de Pregão, que é o de obter propostas ainda mais vantajosas do que as que obteria na modalidade tradicional, não descarta das necessárias garantias para a Administração. Neste sentido, ao contrário da Lei 8.666/93, estabelece severas sanções para quem inadimplir em caso de inexecuibilidade, conforme se vê do artigo 7º da Lei 10.520/02:

Artigo 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do artigo 4º desta Lei, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2009-jun-04/redacao-lei-licitacoes-contratos-primor-confusao2/>