

CONSULTORIA JURÍDICA  
PARECER Nº 315

PROJETO DE LEI Nº 11.376

PROCESSO Nº 68.108

De autoria do Vereador **JOSÉ CARLOS FERREIRA DIAS**, o projeto de lei exige seguro de responsabilidade civil profissional na contratação de obras, projetos e serviços pela Municipalidade.

A propositura encontra sua justificativa às  
fls. 04/05.

É a síntese do necessário.

**PARECER.**

O projeto de lei, em suma, estabelece uma nova forma de garantia para execução das obras públicas no Município. Pelo texto da lei, esta garantia passa a ser obrigatória, consoante redação do projetado artigo 1º, *caput*.

Entendemos que o projeto seja ilegal, por afronta à lei de licitações e contratos administrativos (Lei Federal nº 8666/93) e inconstitucional por usurpação de competência privativa da União (art. 22, XXVII, da CF) na edição de normas gerais em matéria de licitações..

**DA ILEGALIDADE.**

***Das garantias dispostas na Lei 8666/93.***

A Lei de Licitações prevê três espécies de garantias, todas a serem prestadas pelos licitantes ou contratados perante a Administração contratante.

**A primeira modalidade de garantia é prevista no inciso III do art. 31 da Lei de Licitações, conhecida como garantia da proposta, exigida para fins de habilitação. Di-lo:**

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: (...)

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.



no. 07
proc.

**A segunda**, prevista no art. 48, § 2º, é a garantia adicional, a qual se destina a caucionar a proposta, oferecida por licitante, que teve sua exequibilidade questionada no certame, por força de apontar proposta vizinha à inexecuibilidade:

Art. 48 - (...)

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) 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 art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta

Por fim, **a terceira espécie**, é a garantia de execução contratual ou garantia contratual básica, prevista no art. 56 da Lei de Licitações:

Art. 56. **A critério da autoridade competente**, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

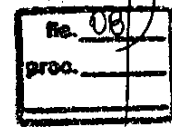
I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto



no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

As garantias estabelecidas na lei federal, precisamente no art. 56, da Lei Federal nº 8666/93, portanto, de observância compulsória pelo Município, são discricionárias, ou seja, derivam de decisão discricionária do administrador, devendo constar previamente no instrumento convocatório, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, da Lei 8666/93).

Esta discricionariedade na fixação de umas das garantias do art. 56, da lei geral de licitações, leva em conta a natureza do objeto licitado e o encargo que referida garantia representa na conformação da proposta (*rectius*, preço final)<sup>1</sup>.

Joel de Menezes Niebuhr<sup>2</sup>, sobre o tema, ensina:

*"A exigência de garantia contratual básica produz benesses e malefícios ao interesse público, e, por isso, deve-se analisar caso a caso, de acordo com as suas especificidades. Em linha de síntese, se de um lado, por meio da garantia contratual básica, a Administração Pública assegura as obrigações assumidas por terceiros, noutro, onera as propostas apresentadas e restringe a competição."*

Feita a exigência, *"cabe ao contratado indicar, segundo seu único interesse, dentre as várias espécies de garantias arroladas por essa lei, qual a que prestará"*, discorre Diógenes Gasparini<sup>3</sup>, deixando inequívoca orientação de que a garantia somente ao vencedor da licitação será exigida, para a formalização do contrato.

Também é pacífico o entendimento sobre a escolha de modalidade de garantia ser uma faculdade que cabe ao contratado, conforme expressa Joel Niebuhr: *"É importante frisar, de plano, que à Administração não é dado optar por uma das modalidades de garantia e impô-la ao contratado. Quem decide (...) é o contratado, que é livre para escolher aquela que melhor lhe aprouver."*<sup>4</sup>

1 Nesse sentido: MENDES, Renato Geraldo, *Lei de licitações e contratos anotada*. 8ª edição, São Paulo: Zenite, página 845, anotação 2674.

2 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zenite, 2008, p. 421.

3 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 549

4 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zenite, 2008, p. 422.



Remata Marçal Justen Filho anota, acerca da caução, que: *“poderá (deverá) ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária. Quando inexisterem riscos de lesão ao interesse estatal, a Administração não precisará impor a prestação de garantia”<sup>5</sup>.*

Logo, o projeto rompe com a necessária discricionariedade na estipulação da garantia, fixada na lei geral de licitações, podendo afetando a competitividade e economicidade do certame (princípios estatuidos no art. 3º, da Lei Federal nº 8666/93).

Note-se que o *caput* do art. 56, da Lei Federal 8666/93 é claro ao dispor que a fixação das garantias, no instrumento convocatório, é uma **faculdade da administração**, nunca uma imposição.

O projeto de lei, portanto, é **ilegal**, por afronta ao artigo 3º e artigo 56, *caput*, ambos da Lei 8666/93, pois torna obrigatória a fixação de nova garantia de execução de obra pública, fora das hipóteses postas na Lei Federal nº 8666/93.

Ainda, é **ilegal** pois exige tipo específico de garantia, quando é assente no art. 56, da Lei 8666/93 que cabe ao contratante, uma vez prevista a necessidade de garantia, no instrumento convocatório, a opção pela modalidade de garantia.

## DA INCONSTITUCIONALIDADE

***Lesão ao art. 1º e 18 da CF e art. 144 da CE. Lesão ao pacto federativo.***

A inconstitucionalidade decorre da ingerência da Câmara em âmbito de atuação de outro ente federativo – a União. A lesão ao pacto federativo, outrossim, afeta cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF).

O projeto de lei, em síntese, estipula uma **nova e compulsória modalidade de garantia na execução de obras**, fora das hipóteses postas no art. 56, da Lei 8666/93, ou seja, exige o seguro de responsabilidade civil profissional do contratante.

A estipulação de nova garantia licitatória e sua compulsoriedade somente poderia emanar do ente federativo competente, qual seja, a União, por expressa divisão de competência constitucional. Noutro falar, as normas gerais sobre licitações compete privativamente à União, por força do art. 22, inciso XXVII, da CF:

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 499.



Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Em casos análogos, assim se manifestou o

E. STF:

“Ação direta de inconstitucionalidade: Lei distrital 3.705, de 21-11-2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: inconstitucionalidade declarada. **Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação** (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre direito do trabalho e inspeção do trabalho (CF, art. 21, XXIV, e art. 22, I).” (ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJ de 18-5-2007.)

“Impugnação da Lei 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu, no âmbito da administração pública sul-rio-grandense, a preferencial utilização de *softwares* livres ou sem restrições proprietárias. Plausibilidade jurídica da tese do autor que aponta **invasão da competência legiferante reservada à União para produzir normas gerais em tema de licitação, bem como usurpação competencial violadora do pétreo princípio constitucional da separação dos poderes.**” (ADI 3.059-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 15-4-2004, Plenário, DJ de 20-8-2004.)

Outrossim, o projeto elimina a possibilidade de escolha da garantia estipulada no artigo 56, da Lei Federal 8666/93, malferindo os princípios da economicidade e competitividade que estão estabelecidos no art. 37, inciso XXI, da CF:

Art. 37 - (...)

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



O E. STF, em diversos julgados aponta para relevância da competitividade do certame:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade – art. 5º –, bem assim o preceito veiculado pelo art. 175 da Constituição do Brasil. (...) Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.” (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008.) No mesmo sentido: RE 607.126-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011.

Por fim, a inovação pretendida pelo projeto de lei afasta a possibilidade de alegação de exercício da competência suplementar do Município (art. 30, I, da CF), na medida em que inova na ordem jurídica derogando/afrontando dispositivos da lei federal. Há, portanto, em nosso visto, franca lesão ao pacto federativo e evidente afronta aos artigos 1º, 18, 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, 60, § 4º, da CF e art. 144, da CE.

O projeto é, portanto, inconstitucional.



**Conclusão.**

O projeto de lei é inconstitucional e ilegal. No mérito, dirá o Soberano Plenário.

**Comissões a serem ouvidas.**

As Comissões Permanentes, nos termos regimentais, são indicadas pela Comissão de Justiça e Redação.

**Quórum.**

Maioria simples da Câmara (art. 44, L.O.M.).

É o parecer.

Jundiaí, 30 de setembro de 2013.

*Ronaldo Salles Vieira*  
Ronaldo Salles Vieira  
Consultor Jurídico

*Fábio Nadal Pedro*  
Fábio Nadal Pedro  
Consultor Jurídico