

Luciano Elias Reis

LICITAÇÕES E CONTRATOS:

Cases e Orientações Objetivas

1ª Edição

NEGOCIOS PUBLICOS®
EDITORA

Luciano Elias Reis

**LICITAÇÕES E
CONTRATOS:**

Cases e Orientações Objetivas

1ª Edição

NEGOCIOS PUBLICOS®
EDITORA

Copyright © 2017 by Editora Negócios Públicos do Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

É proibida a reprodução, total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos do autor (Lei 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito Legal na Biblioteca Nacional, conforme
Decreto 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Dados internacionais de catalogação na publicação
Bibliotecária responsável: Mara Rejane Vicente Teixeira

Reis, Luciano Elias.

Licitações e contratos : cases e orientações objetivas
/Luciano Elias Reis. - Curitiba, PR : Ed. Negócios
Públicos, 2017.

256 p. ; 24 cm.

ISBN: 978-85-61481-57-5

Inclui bibliografia.

1. Licitação pública – Legislação – Brasil.
2. Contratos administrativos – Legislação – Brasil. I. Título.

CDD (22ª ed.)
342.8106

Designer da Capa: Cássia S. Malucelli Kury

Designer Gráfico: Cássia S. Malucelli Kury

EDITORA NEGÓCIOS PÚBLICOS DO BRASIL LTDA.

Rua Lourenço Pinto, 196 – 3º andar – Centro

CEP 80.010-160 – Curitiba-PR

Tel (55) 41 3778 1703 | Fax (55) 41 3778 1752

www.negociospublicos.com.br

Agradecimentos



A todos os Professores de Direito Administrativo, em especial aqueles que se dedicam à área de licitações públicas e contratos administrativos, os quais escrevem e servem de referência para reflexões e, acima de tudo, para instigar mudanças jurisprudenciais, legislativas e doutrinárias.

Aos sócios do Grupo Negócios Públicos, Rudimar Barbosa Reis e Ruimar Barbosa dos Reis que acreditaram neste projeto e nos últimos anos têm sido grandes parceiros e amigos.

A todos os funcionários do Grupo Negócios Públicos que sempre me trataram muito bem e estão a todo momento dispostos a ajudar-me, individualizando neste momento e representando todo este grupo na pessoa da Jaqueline Ramos, do Rogério Corrêa e da Regina Kühl.

À estimada Cássia Malucelli pela formatação e diagramação do presente trabalho em tempo recorde.

Ao dileto amigo Daniel, reconhecido Professor de Direito Administrativo, a quem agradeço imensamente o prefácio e os conselhos sempre precisos e amistosos.

À querida Mariana Camilo que revisou criticamente esta coletânea de orientações objetivas, sendo que as suas manifestações foram essenciais para o aperfeiçoamento do texto.

Ao meu sócio Rafael Knorr Lippmann pela compreensão e pela incessante ajuda no aspecto pessoal, profissional e acadêmico.

Aos Professores e amigos, André Luiz Freire, Rodrigo Cipriano dos Santos Risolia, Luiz Gustavo de Andrade, Rodrigo Polli Carvalho, Daniel Wunder Hachem,

Emerson Gabardo, Laerzio Chiesorin Júnior, Fernanda Bourges, Paulo Guedes, Orlando Moisés Pessuti Filho, Fabrício Verdolin, Eduardo Tesserolli e Paulo Amaral, os quais de uma forma, direta ou indireta, contribuíram para este trabalho e contribuem para o meu crescimento.

Aos meus queridos amigos, Professores e companheiros de cursos e palestras em licitações e contratos administrativos pelo Brasil, quais sejam, Daniel Ferreira, Ministro Benjamin Zymler, Edgar Guimarães, Joel de Menezes Niebuhr, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Murilo Jacoby, Marcus Alcântara, Ronny Charles, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rosane Aguiar, Alessandro Reis, Alessandro Dantas, Anderson Sant'Ana Pedra, Rodrigo Sampaio, Horácio Ferragino, Gabriela Pércio, Paulo Reis, Julieta Mendes, Anadricea Vicente de Almeida, Renato Mendes, Solange Afonso de Lima, Simone Zanotello, Larissa Panko, Hamilton Bonatto, Karine Machado, Paulo Rui Barbosa, Flaviana Paim, José Anacleto Abduch Santos, Rodrigo Junkes, Dawison Barcelos, Antônio Fernandes Soares Neto, Renato Fenili, Thiago Zagatto, Paulo Teixeira, Davi Mello, Victor Amorim, dentre outros.

Aos meus pais, João Alves de Miranda Reis e Eliane Soares Elias Reis, que sempre foram e sempre serão os meus maiores professores e mestres, devo-lhes tudo e principalmente os valores, o caráter, a honra, os princípios e a educação ensinados.

Aos meus irmãos Leandro Elias Reis e Lisiane Elias Reis pelo singular amor fraternal e respeito, bem como pelo incomensurável estímulo.

Ao meu cunhado Piero Barbato pelas conversas, orientações e pelo seu carinho italiano.

À minha amada Ana Paula Zanette, a qual foi compreensiva, amorosa, amiga e muito companheira para que um sonho pudesse ser concretizado e é parceira para as demais conquistas vindouras na vida.

Ao meu filho Antônio Zanette Reis, o qual em tão pouco tempo já é motivo para inúmeras mudanças na minha vida, principalmente para que eu pudesse compreender o sentido da vida e do amor. Espero que possa lhe mostrar os valores e princípios de vida assim como recebi dos meus pais e da minha família.

A Deus por tudo que tenho, pois sem ele nada posso!

Apresentação



O presente livro tem por finalidade apresentar de maneira tópica e breve vários assuntos relacionados a licitações públicas e contratos administrativos de acordo com o entendimento dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário. Por uma questão metodológica, a ordem dos assuntos está diretamente ligada com a respectiva sequência deles diante dos artigos da Lei 8.666/93 e posteriormente são apresentados alguns conteúdos atinentes à legislação do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratação.

Não é objetivo do autor que haja o esgotamento dos temas tratados, mas tão somente uma orientação objetiva, clara e rápida para auxiliar o gestor público na sua atuação perante o ciclo da contratação pública, envolvendo assim a fase interna, a fase externa da licitação e a fase da gestão e execução contratual.

Inclusive, saliento que a confecção desta obra decorreu da junção de diversos ensaios que escrevi nos últimos dois anos em colunas, comentários ou em rápidos ensaios publicados em revistas especializadas. Reunidos todos os escritos e após uma conversa com o amigo Ruimar Barboza dos Reis do Grupo Negócios Públicos, houve o convite para esta publicação e seu lançamento no XII Congresso Brasileiro de Pregoeiros em Foz do Iguaçu, o que é uma enorme honra para mim.

Por fim, espero que seja uma leitura aprazível e que alcance o escopo de orientar gestores públicos, garantindo-lhes maior segurança nas suas respectivas atuações nas contratações públicas.

*Cordialmente,
Luciano Elias Reis*

P Prefácio

A presente obra que tenho a honra e o prazer de prefaciar revela muito de seu autor e de seus predicados. Trata-se da rica compilação de uma série de “orientações objetivas” apresentadas por um advogado qualificado, professor universitário e Doutorando em Direito à comunidade em geral, e não necessariamente a bacharéis em Direito, versando sobre questões correlatas às mais diversas modalidades de parcerias firmadas com o Poder Público, precedidas ou não de licitação, mas sempre preordenadas à satisfação de necessidades ou utilidades, administrativas ou coletivas.

Isto é, a aqui consolidada “coletânea” de colunas semanais, levadas a cabo pelo Professor LUCIANO ELIAS REIS, e tornadas públicas nos últimos dois anos em periódicos especializados, presta-se a sanar dúvidas, inclusive antecipando-as, com base na indicação segura das normas aplicáveis, de posicionamento doutrinário qualificado e de precedentes contemporâneos das Cortes de Contas ou de Justiça diretamente imbricados com o assunto, sob exame. Com isso resta facilitada a interpretação e aplicação das leis e do Direito em cada hipótese, em particular para auxiliar a tomada de decisão, num ou noutro sentido, e tanto pelos agentes públicos quanto pelas pessoas físicas ou jurídicas interessadas em firmar contratos administrativos, contratos de gestão, termos de parcerias, convênios e demais expedientes afins.

Melhor dizendo, o acesso a tais orientações – concisas, objetivas e precisas –, não à toa apresentadas em linguagem de fácil compreensão, permite a quem a elas tiver acesso ponderar o que pode, como pode e o que não pode ser feito em cada caso examinado, de modo a evitar perda de tempo e/ou de recursos (públicos ou privados) em investidas juridicamente proibidas ou temerárias, por conta das quais os envol-

vidos podem se ver expostos à responsabilização civil, criminal, disciplinar e mesmo por ato de improbidade administrativa. Ou seja, a seleta se revela como de consulta obrigatória.

Assim sendo, sem medo de errar, afiançamos a obra e seu criador como merecedores da mais distinguida consideração e respeito. Afinal de contas, é preciso considerar, ademais, que o advogado Luciano Elias Reis ostenta a condição de Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná, faz anos, o que reforça nosso pessoal entendimento no sentido de que, a despeito de ainda relativamente jovem, não falta a ele conhecimento, seriedade, credibilidade e maturidade para tratar dos assuntos-problema diuturnamente enfrentados e superados na gestão pública federal, estadual e municipal.

Daniel Ferreira

Pós-Doutorado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC/CDH) /
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC)

Mestre e Doutor em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de
Direito de Curitiba (FDC) e

Professor do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado
em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação
das Indústrias do Estado do Paraná (CAMFIEP)

S Sumário

	Agradecimentos	05
	Apresentação	07
	Prefácio	09
I.	Contratação de Oscips pela Administração Pública Federal	15
II.	Cópia de Nota Fiscal e Firma Reconhecida em Atestados de Capacidade Técnica	21
III.	Indicação de Marca em Edital de Licitação	27
IV.	Fase Interna e o Cuidado na Identificação do Objeto	31
V.	Análise da Vantajosidade do Carona	35
VI.	Centralização das Licitações: uma opção vantajosa?	41
VII.	Convite: Empresas Convidadas com Sócios em Comum	45
VIII.	Licitação por Lote ou Item?	55
IX.	Inexigibilidade para Contratação de Artistas: Cautelas e Críticas	59
X.	Credenciamento na Área da Saúde: Hipótese de Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação	69
XI.	Justificativa de Preço e do Fornecedor na Contratação Direta	77

XII.	Documentos de Habilitação: Discricionariedade Administrativa de acordo com o Rol Taxativo	81
XIII.	Exigência de Visto na Entidade Profissional Competente na Fase de Habilitação	89
XIV.	Atestado de Capacidade Técnico-Profissional e Atestado de Capacidade Técnico-Operacional	95
XV.	Qualificação Técnica: (Im)Possibilidade de Limitar o Tempo do Atestado	99
XVI.	Documentos de Habilitação Técnica Relacionados À Preservação do Meio Ambiente e o Princípio do desenvolvimento nacional Sustentável	103
XVII.	Qualificação Econômico-Financeira: Exigência de Apresentação de declaração de Habilidade Profissional	113
XVIII.	Garantia de Proposta: Momento de Exigência	119
XIX.	Autenticação dos Documentos pelos Próprios Agentes Públicos	123
XX.	Cobrança de Editais de Licitação	127
XXI.	Responsabilidade dos Consorciados Perante a Administração Contratante	129
XXII.	Divulgação do Preço Referencial na Modalidade Pregão	133
XXIII.	Julgamento: Proposta acima do Preço Estimado X Proposta acima do Preço Máximo no Pregão	137
XXIV.	Editais como Ato Normativo e o dever de Respeito ao Princípio Da Vinculação ao Instrumento Convocatório	141

XXV.	Diligência Sobre o Enquadramento ou Não do declarante como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte	149
XXVI.	Julgamento Objetivo das Amostras	153
XXVII.	Apresentação de Laudo ou Amostra do Objeto Proposto pelo Licitante	159
XXVIII.	Revogação: Análise da Oportunidade e Conveniência	163
XXIX.	Contrato X Termo de Contrato e Instrumentos Equivalentes	171
XXX.	O Direito de Acesso às Licitações Públicas e aos Contratos Administrativos	179
XXXI.	Alteração Contratual para Incluir Itens novos no decorrer da Execução Contratual	187
XXXII.	Alteração Quantitativa: Acréscimos, Supressões e Compensações de Acordo com o Tribunal de Contas da União	195
XXXIII.	Retenção Cautelar de Pagamentos devidos à Contratada em decorrência de Inadimplemento de Verbas Trabalhistas e Previdenciárias	201
XXXIV.	A Rescisão Unilateral e o Processo Administrativo	209
XXXV.	Reestruturação Societária da Empresa Contratada: Dever ou Não de Rescindir o Contrato	215
XXXVI.	Dever de Penalizar em Caso de Inexecução do Contrato Administrativo	219
XXXVII.	Direito ao Recurso Administrativo: Impossibilidade de Violação	225
XXXVIII.	Declaração de Inidoneidade Aplicada pelo Tribunal de Contas da União	229

XXXIX.	Pregão Negativo e a Regra para a Concessão de Uso de Imóvel Para Exploração de Atividade Econômica	235
XL.	A Lei 13.190/15 e as Mudanças na Lei do RDC, na Lei de Execuções Penais e Etc.	243
	Obras e Produções do Autor	247
	Breve Currículo	253

I

CONTRATAÇÃO DE OSCIPS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que possuem objetivos sociais e normas estatutárias em conformidade com os requisitos instituídos pela Lei 9.790/99.

O termo OSCIP é uma qualificação jurídica concedida às pessoas jurídicas que preenchem todos os requisitos legais após uma análise vinculada do Ministério da Justiça, conforme estatui o art. 1º, § 2º e art. 5º da citada Lei.

Portanto, nenhuma pessoa é OSCIP pela sua natureza jurídica, uma vez que para ser OSCIP se faz necessário que a entidade exista juridicamente nos termos da legislação e preencha as condições estipuladas na Lei 9.790/97 e no seu respectivo Regulamento (Decreto Federal 3.100/97) para que possa após solicitação junto ao Ministério da Justiça receber tal qualificação.

O enquadramento como OSCIP enseja uma série de benefícios e responsabilidades, podendo ser considerado um meio jurídico de atividade administrativa de fomento, conforme classificação de Roberto Dromi.^[1]

[1] Roberto Dromi segmenta os meios (ou espécies) de fomento em positivos e negativos, segundo o critério da forma de atuação sobre a vontade do particular. Os primeiros concretizam-se pela outorga de prestações, bens ou vantagens; já os segundos constituem-se em obstáculos ou cargas impostas para dificultar, por meios indiretos, as atividades contrárias às quais se pretende fomentar. Além disso, divide-se também o fomento em quatro meios, de acordo com as vantagens outorgadas aos particulares: meios honoríficos, quando se consegue uma atuação particular de interesse público mediante o incentivo de títulos,

Além disso, imperioso recordar que tais entidades integram o Terceiro Setor, visto que este, segundo Boaventura de Souza Santos, caracteriza-se pelo “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais.”^[2]

Diante desta breve explicação sobre o que são OSCIPs, convém frisar que a Lei 9.790/97 prescreve a possibilidade dessas firmarem ajustes com o Poder Público sob a denominação de Termo de Parceria.

Art. 9º. Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

condecorações, menções especiais, etc.; meios psicológicos, quando o Estado por intermédio dos órgãos oficiais desenvolve propaganda de fomento a uma determinada atividade e em razão desta há a realização voluntária das atividades pretendidas; meios jurídicos, quando há a outorga de uma condição privilegiada a determinadas pessoas que indiretamente cria diversas vantagens econômicas e de segurança; meios econômicos, quando há a subvenção a terceiros, mais precisamente com vantagens econômicas que podem ser reais (aproveitamento, uso ou disposição de um bem público por um particular) ou financeiras (auxílios diretos e indiretos, como subvenção direta, isenção fiscal, proteção aduaneira, etc.). (DROMI, Roberto. *Curso de Derecho Administrativo*. 10 ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 1027-1028. No mesmo sentido, vide: GARCÍA, Jorge Sarmiento. *Derecho público*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 649-650; DIEZ, Manuel Maria. *Manual de Derecho Administrativo*. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 233-234).

[2] SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 2001, p. 13.

O questionamento que fica é como selecionar a entidade qualificada como OSCIP para ajustar-se com o Poder Público?

Dispondo sobre o procedimento de escolha da entidade para firmar termo de parceria, o Decreto Federal 3.100/97 que regulamenta a Lei 9.790/97 prevê a necessidade de concurso de projetos promovido pelo órgão estatal parceiro.

Já o Decreto Federal 6.170/07 com atualização do Decreto Federal 7.568/11 determina que a celebração do convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos seja precedida de chamamento público o qual estabeleça critérios objetivos para a aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente.

Mais recentemente ainda, a Lei 13.019/2014 que inseriu o novo marco regulatório do Terceiro Setor preconizou o dever de selecionar a proposta mais vantajosa das OSCIPs por meio de chamamento público ou concurso de projetos.

Por conseguinte, interpretando as legislações supra e retro referendadas, conclui-se que as OSCIPs não deverão participar de licitações para a celebração de contratos, e sim de procedimentos administrativos específicos como é o caso do chamamento público ou concurso de projetos para firmar especificamente termos de parcerias.

A natureza jurídica do termo de parceria e suas características divergem daqueles de um contrato administrativo em sentido estrito, razão pela qual o Tribunal de Contas da União tem compreendido pela impossibilidade de as OSCIPs participarem de licitações promovidas pela Administração Pública Federal ou custeadas com recursos públicos federais. Para demonstrar esta linha de entendimento, vide o julgado abaixo:

É vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos

pela Administração Pública Federal. A partir da edição do Decreto 7.568/11, tornou-se **obrigatória a seleção de Oscips por meio de publicação de edital de concursos de projetos.**

Representação da Advocacia-Geral da União (AGU) apontara possíveis irregularidades ocorridas na Prefeitura Municipal de Rio Branco do Sul (PR), relacionadas à contratação de empresas de transporte escolar e à terceirização da saúde municipal, dentre elas, a utilização de modalidade incorreta de seleção de Oscip, por meio de processos licitatórios nas modalidades de concorrência e tomadas de preços, em detrimento do concurso de projetos. Em sua análise, a unidade técnica acolheu as justificativas dos responsáveis, tendo em vista estudo promovido por grupo de trabalho constituído pelo TCU a respeito da matéria, o qual concluiu que *“não se pode ter como irregulares processos de seleção de Oscips para contratação com o Poder Público mediante processos licitatórios regidos pela Lei 8.666/1993 e pela Lei 10.520/2002, antes da edição do Decreto 7.568/2011”*. Ao analisar o caso, a relatora esclareceu que *“a Lei 9.790/1999 dispôs sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e instituiu o termo de parceria como o instrumento a ser utilizado na formação de vínculo de cooperação entre o Poder Público e as referidas entidades, visando ao fomento e à execução das atividades de interesse público previstas naquela norma. A forma de escolha dessas entidades, entretanto, foi objeto de regulamentação no Decreto 3.100/1999, que fixou como possível a seleção de Oscips por meio de publicação de edital de concursos de projetos. A utilização da citada modalidade apenas tornou-se obrigatória com a edição do Decreto 7.568, em 16 de setembro de 2011”*. Nesse sentido, endossando a análise da unidade instrutiva, a relatora registrou que, no caso concreto, todos os processos concorrenciais sob exame foram realizados em data anterior ao Decreto 7.568/11, motivo pelo qual a participação das Oscips nas licitações, fundamentadas na Lei 8.666/93 ou na Lei 10.520/02, não poderia ser considerada irregular. Com efeito, embora desejável desde sua instituição, apenas a partir do citado regulamento tornou-se obrigatória a seleção de Oscip por meio de concursos de projetos. O Tribunal, alinhada-

do ao voto da relatora, acolheu as justificativas dos responsáveis, dando ciência ao Município que “é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal”.

(Informativo de Licitações e Contratos do TCU nº 253, Acórdão 4.652/15 – Segunda Câmara, TC 004.078/2012-8, relatora Ministra Ana Arraes, 28.07.2015).

Para finalizar, recomenda-se a leitura do meu livro “Convênios Administrativos” (Editora Juruá, 2013) para aprofundamento sobre o terceiro setor e as diferenças entre os contratos e os convênios administrativos, bem como alertam-se às administrações municipais, distritais e estaduais quando estiverem licitando com recursos públicos federais ante o entendimento esposado pelo Tribunal de Contas da União.

II

CÓPIA DE NOTA FISCAL E FIRMA RECONHECIDA EM ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

A qualificação técnica tem a finalidade de aferir a aptidão técnica do licitante conferindo segurança à Administração Pública de que o mesmo possui pleno conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame. Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr descreve que a “Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo.”^[3]

Dentre os documentos arrolados taxativamente pela Lei de Licitações para cobrar dos licitantes para fins de qualificação técnica, existem os atestados de capacidade técnica que estão estipulados no art. 30, II e § 1º, I, da Lei 8.666.

Os atestados de capacidade técnica têm a finalidade de comprovar para a Administração Pública, por intermédio de um documento subscrito por terceiro alheio à disputa licitatória, de que o licitante já executou o objeto licitado em outra oportunidade e a referida execução foi a contento, o que gerará confiança e segurança à Administração licitadora de o aludido fornecedor possuir expertise técnica.

Marçal Justen Filho enaltece a relevância do atestado ao discorrer que “em todo o tipo de contratação pode cogitar-se da exigência de experiência

[3] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba: Zenite, 2008, p. 233.

anterior do licitante como requisito de segurança para a contratação administrativa. Aliás até se pode afirmar que em muitos casos a capacitação técnica operacional se evidencia como a única manifestação de experiência anterior relevante e pertinente.^[4]

Aliando os conhecimentos acerca do porquê da qualificação técnica e do dever de apresentação de atestados de capacidade técnica, verifica-se que existem editais prescrevendo por exemplo:

k) Atestado de Capacidade Técnica emitido, no mínimo, por 01 (um) órgão público ou privado, comprovando aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do presente edital, compreendendo características, quantidades e prazos.

k.1) O Atestado deverá conter reconhecimento de firma da assinatura do responsável ou estar acompanhado das notas fiscais correspondentes;

k.2) As notas fiscais apresentadas por cópia simples terão sua autenticidade comprovada com a apresentação das originais observando o subitem 6.3.1 do Edital.

Pela intelecção da norma suscitada do edital e da legislação de licitações e contratos, infere-se que em nenhum momento o legislador impôs que o atestado precisa ter firma reconhecida de seu subscritor, bem como deverá estar acompanhado das notas fiscais correspondentes.

Caso o fornecedor tenha prestado um serviço ou fornecido um objeto em 1980, ainda assim ele poderá usufruir e utilizar o atestado de capacidade técnica para fins licitacionais, salvo raríssimas exceções com objetos envolvendo tecnologia.

Em nenhum momento existe algum impedimento legal de juntar tão somente o atestado sem firma reconhecida ou despido de nota fiscal. Como

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 332.

se sabe, pelo art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, o particular poderá fazer tudo aquilo que não está proibido pela lei e a Administração Pública deverá tão somente fazer aquilo que está preconizado pela lei. Estas consequências são decorrentes do princípio da legalidade, o qual determina que a lei deve servir de guia para o agente público e este não possui vontade particular, e sim vontade legal.

Sobre o assunto, Hely Lopes Meirelles preleciona de maneira exemplar que “Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A Lei para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”^[5]

Logo, como inexistente alguma norma proibindo de usar atestado sem firma reconhecida ou ainda que o atestado somente vale se tiver acompanhado das notas fiscais, tais exigências são flagrantemente ilegais. Da mesma forma, nenhum dispositivo legal prescreve que a Administração Pública deverá exigir o atestado com firma reconhecida ou acompanhado das notas fiscais.

Salienta-se que o rol dos documentos de habilitação é um rol taxativo e não poderá ser exigido nenhum documento sem amparo nos arts. 28 a 31 da Lei 8.666/93.

Para demonstrar de maneira cabal o raciocínio esposado, insta colacionar uma jurisprudência do Tribunal de Contas da União que declarou a ilegalidade de um edital por exigir a apresentação de nota fiscal junto ao atestado:

É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não esta-

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo: RT, 1985, p. 60.

rem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993

Representação de empresa acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 280/2012, promovido pelo Instituto Nacional de Câncer (Inca), destinado à contratação de solução de **storage**. Três empresas participaram do certame, sendo que a classificada em primeiro lugar veio a ser inabilitada. Entre os motivos que justificaram essa decisão, destaque-se a apresentação por essa empresa de atestados técnicos desacompanhados das notas fiscais, exigência essa que constara do respectivo edital. A respeito de tal questão, o relator anotou que “*a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão ‘limitar-se-á’, elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário)*”. Ressaltou, ainda, que “*nenhuma dúvida ou ressalva foi suscitada, pela equipe que conduziu o certame, quanto à idoneidade ou à fidedignidade dos atestados apresentados pela empresa*”. E, mesmo que houvesse dúvidas a esse respeito, “*de pouca ou nenhuma utilidade teriam as respectivas notas fiscais*”. Em tal hipótese, seria cabível a realização de diligências para esclarecer ou complementar a instrução, consoante autoriza do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator e por considerar insubsistente esse e o outro motivo invocados para justificar a mencionada inabilitação, decidiu: a) determinar ao Inca que torne sem efeito a inabilitação da detentora da melhor oferta na fase de lances, “*anulando todos os atos subsequentes e retomando, a partir desse ponto, o andamento regular do certame*”; b) dar ciência ao Inca de que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica “*acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993*”. (Informativo do Tribunal de Contas da União nº 148, Acórdão 944/13 – Plenário, TC 003.795/2013-6, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.4.2013).

Apesar do raciocínio externado com base na legislação, a Instrução Normativa 02/08 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Mi-

nistério do Planejamento, Orçamento e Gestão foi alterada pela Instrução Normativa 06/13 e passou a conter a seguinte previsão:

§ 10. O licitante deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços. (Incluído pela Instrução Normativa 06, de 23 de dezembro de 2013)

A norma acima citada é infralegal e no meu ponto de vista é ilegal, porque o cidadão somente poderá ser compelido a fazer algo em virtude de lei (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – art. 5º, II, da Constituição). Neste caso, o parágrafo décimo decorre do poder regulamentar atribuído ao Poder Executivo Federal para regulamentar as suas licitações de serviços continuados. Regulamentar é diferente de legislar. O poder regulamentar não autoriza a inovação na ordem jurídica. Portanto, para impor a exigência de nota fiscal ou de outros documentos acompanhando o atestado, haveria a imperiosidade de previsão legal.

A título complementar, cumpre pontuar que a solicitação de nota fiscal ou do contrato poderá ser solicitada ao fornecedor para diligenciar o atestado. Solicitar é totalmente distinto de exigir, enquanto aquele traz uma faculdade, este uma obrigatoriedade. No caso das licitações, a Comissão de Licitação ou o Pregoeiro poderá até pedir em sede de diligências para aclarar uma situação de fato ou de direito, bem como para afastar qualquer dúvida num julgamento, com esteio no princípio da verdade real, todavia não poderá impor ao fornecedor que traga a documentação sob pena de aplicar-lhe alguma restrição de direitos como é o caso da inabilitação.

Quanto à firma reconhecida, valioso recordar que se presumem verdadeiros e autênticos todos os documentos até que se indague a veracidade de

algum deles. A Lei 9.784/99 disciplina a desnecessidade de reconhecimento de firma nos processos administrativos em geral, aplicando-se tal norma aos processos administrativos de licitações, consoante se observa do art. 22, § 2º:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º. Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º. Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º. A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

§ 4º. O processo deverá ter suas páginas numeradas seqüencialmente e rubricadas.

Exigir reconhecimento de firma é compreender que o processo licitatório é uma verdadeira gincana ou comédia como lecionava Benoit.^[6]

Não se pode esquecer que licitação é um processo administrativo formal, entretanto isso não significa formalismo excessivo e nem informalismo, e sim um formalismo moderado.

Como dito por Hely Lopes Meirelles, “a orientação é a dispensa de rigorisismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar.”^[7]

Por todas estas razões, conclui-se que não é possível exigir, com fulcro no princípio da legalidade, nos editais de licitações a apresentação de atestados com firma reconhecida ou acompanhamento da nota fiscal correspondente ao atestado.

[6] BENOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*, Paris, 1968, p. 610.

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. Ed. São Paulo: RT, 1985, p. 122.

III

INDICAÇÃO DE MARCA EM EDITAL DE LICITAÇÃO

Conforme dispõe o art. 3º da Lei 8.666/93, a licitação, como procedimento administrativo aberto a todos os interessados em contratar com um órgão ou entidade pública, destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia como uma de suas finalidades.

Por este princípio, entende-se que a Administração Pública não pode intencionalmente colocar qualquer interessado em vantagem ou em desvantagem, garantindo um processo isonômico cuja seleção se dê sob critérios objetivos, sempre em prol de um resultado mais vantajoso à Administração Pública.

Para tanto, as licitações devem, obrigatoriamente, pautarem-se em princípios basilares, também dispostos no supramencionado artigo, tais como o princípio da legalidade, o da impessoalidade e o da igualdade.

Assim sendo, a indicação de marca no edital de um certame avoca a controvérsia acerca de eventual direcionamento, pois não cumpriria a sua finalidade por fulminar a ampla competitividade e a igualdade de condições dos interessados.

Na Lei de Licitações, Lei 8.666/93, alguns dispositivos tratam dessa questão. Preceitua o § 5º do art. 7º

§ 5º. É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o

fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Além do referido dispositivo, também acerca da indicação de marca no edital de licitação, dispõe o inc. I, do § 7º, do art. 15 da mesma Lei que:

Art.15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§ 7º. Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I. a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

Como regra, portanto, veda-se a indicação de marca no edital do certame, com vistas a não violar a igualdade de condições dos interessados, evitando-se, assim, o direcionamento do edital e a preferência de determinado produto e/ou serviço em detrimento de outros, o que macularia, inclusive, a objetividade do certame adentrando ao quesito subjetivo dos participantes.^[8]

Todavia, em que pese seja a regra, não é vedada a indicação de marca no edital. O que se vislumbra é a aceitação de forma excepcional dessa indicação, conforme entendimento sedimentado na Súmula 270 do Tribunal de Contas da União editada após reiteradas decisões convergentes:

Súmula 270 – TCU/2012: Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.

[8] Nesta linha, para ilustrar, colaciona-se um julgado em que o Tribunal de Contas da União manifestou-se em sentido contrário à indicação de marca em licitação de compras de software sem prévia motivação: “O Tribunal de Contas da União considerou impróprias, no âmbito da (*omissis*): a) indicações de marca em licitações de compras de software sem prévia motivação, pois que violam o art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 e a Súmula/TCU nº 270; b) a não pactuação da cessão dos direitos patrimoniais do autor de projeto ou serviço técnico especializado contratado pela Administração, pois que afronta o art. 111 da Lei nº 8.666/1993.” (itens 1.8.1 e 1.8.2, TC-027.702/2014-6, Acórdão nº 3.125/2015-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, julg. 09.12.2015)

Note-se que a excepcionalidade da indicação de marca deve atender a exigências, quais sejam, a de padronização e a prévia justificação. Para ser mais exato, em três casos é viável a colocação de marca no ato convocatório: (i) quando houver justificativa técnica para tanto (por exemplo, período de garantia técnica); (ii) padronização (substituir uma poltrona de um auditório) e (iii) parametrização (para servir de parâmetro, quando geralmente vem acompanhada da expressão “ou outra de qualidade equivalente ou superior”). Nesta linha, a Lei 12.462/11 previu expressamente tais situações de exceção ao preceituar que “poderá” ser indicada a marca.^[9]

Pode-se indicar, como fundamento legal que embasa a previsão de padronização como critério de excepcionalização na referida súmula, o inc. I, do art. 15 da Lei de Licitações que prevê expressamente o princípio da padronização nas aquisições realizadas pela Administração Pública:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I. atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.

Em caráter excepcional, portanto, admite-se a indicação de marca para fins de padronização, sempre visando a vantagens para a Administração Pública, uma vez que este é o fim último do procedimento licitatório. Veja-se:

A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inci-

[9] **Art. 7º.** No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:
I. indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:
a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”

so I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. (TCU, Acórdão 2.376/06, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 13.12.2006).

Vale destacar, todavia, que não se admite a ausência de justificativa técnica para a indicação de marca no edital, o que se ilustra com o seguinte julgado:

Esta Corte de Contas, em diversos julgados, tem se manifestado pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão 664/01 – Plenário; Acórdão 1.010/05 – Plenário e Acórdão 1.685/04 – 2ª Câmara). (TCU, Acórdão 1.122/10, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 12.03.2010).

Em suma, como regra é vedada a indicação de marca no edital de um procedimento licitatório uma vez que este tem como objetivo assegurar o princípio da isonomia na contratação administrativa juntamente com a competitividade e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Em caráter excepcional, tal indicação é admitida, desde que previamente motivada visando à padronização, parametrização ou quando houver justificativa técnica.

IV

FASE INTERNA E O CUIDADO NA IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Sob o panorama legal da correta identificação do objeto a ser licitado, imperioso recordar os arts. 14 e 15 da Lei 8.666/93:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I. atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

(...)

§ 7º. Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I. a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

II. a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III. as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

Tais dispositivos explicitados ecoam para o dever de prudência, eficiência, objetividade e maturidade na fase interna do processo licitatório.

Como se sabe, na fase interna da licitação, também denominada de fase preparatória, um dos primeiros atos é a correta identificação da necessidade pública.

A identificação da necessidade pública demanda alguns pontos a serem observados: (i) o que a Administração Pública está precisando? (ii) quais são as características do objeto? (iii) qual a realidade mercadológica do objeto e quais são os possíveis fornecedores, modelos e marcas aptas a atender a necessidade? (iv) descrição concisa, objetiva e clara do objeto; (v) qual o seu valor de mercado médio, segundo o método de cesta de preços aceitáveis?

Ora para conhecer o objeto é impreterível que o setor requisitante (sozinho ou auxiliado pela área técnica quando não tiver condições para tal mister) delinear o objeto e seus caracteres.

Para tanto, é indispensável que conheça a realidade mercadológica, isto envolve ter plena ciência de todos os possíveis, ou em alguns casos dos principais, modelos e marcas que poderão atender ao reclame da necessidade pública. Nesta diretriz, o Tribunal de Contas da União decidiu que:

No planejamento de suas aquisições de equipamentos, a Administração deve identificar um conjunto representativo dos diversos modelos existentes no mercado que atendam completamente suas necessidades antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado e evitar o direcionamento do certame para modelo específico pela inserção no edital de características atípicas.

(...) O relator concordou com a procedência parcial da Representação, mas por outros fundamentos. Observou que não restaram devidamente comprovados “o detalhamento excessivo da especificação técnica, o direcionamento da licitação a fornecedores específicos e a preferência injustificada por determinada marca, ao contrário do que aduz a unidade instrutiva”. Explicou o relator que “o direcionamento da licitação pode ocorrer, por exemplo, mediante a utilização de critério subjetivo, o favorecimento a alguma empresa, a preferência inadequada por determinada marca, a ausência do devido parcelamento ou o estabelecimento de exigências excessivas/limitadoras. O direcionamento na descrição do

objeto caracteriza-se pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas dos bens ou serviços a serem adquiridos". Acrescentou que "para mitigar tal risco, é indispensável atentar para a lição contida no Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, no sentido de que, em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam completamente as necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para modelo específico e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado". Nesse contexto, ressaltou o relator que, no caso em exame, "o Diretor de Gestão da TI do (omissis) logrou êxito em esclarecer que modelos de outros fabricantes teriam sido analisados à época da elaboração do termo de referência para a composição da configuração solicitada, sendo que seis fabricantes teriam condições de atender ao que foi especificado para cada item". Por fim, concluiu que "a descrição do objeto de forma a atender às necessidades específicas da entidade promotora do certame não configura direcionamento da licitação, mormente quando não há no edital a indicação de marca específica e quando se verifica no mercado a existência de outros modelos que poderiam atender completamente as especificações descritas no edital". O Tribunal, endossando a proposta da relatoria, acolheu, no ponto, as justificativas apresentadas, e julgou a Representação parcialmente procedente em razão da ocorrência de outras impropriedades.

(Informativo de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União nº 266, Acórdão 2.829/15 – Plenário, TC 019.804/2014-8, relator Ministro Bruno Dantas, 04.11.2015).

Destaca-se da passagem acima o seguinte trecho da argumentação do Ministro Relator "deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços". Desse modo, resta inviável a descrição do objeto a partir da extração de sua noção por um único modelo e marca passível de ser atendido. Isto é, não se pode admitir que se defina um objeto a partir de um único modelo ou marca, sob pena desta descrição estar contaminada por vícios maculadores do certame,

mais precisamente cláusulas restritivas de competição e quebra de neutralidade na escolha da necessidade pública. O setor solicitante tem que conhecer com profundidade o mercado do objeto demandado, fazendo cotejo analítico entre os vários possíveis de satisfazerem a necessidade pública.

Entretanto, infelizmente, não raras vezes, o que se visualiza na prática é a definição do objeto da licitação no qual todas as especificidades técnicas decorrem de um modelo X da marca Y, apesar de propositadamente ser removida tal identificação de marca e modelo face os comandos preceituados no art. 15, § 7º, I, da Lei de Licitações. Nestes casos de copiar e colar as especificações técnicas de um modelo de uma marca, apesar de existirem vários outros produtos similares no mercado, configura-se a rigor um claro direcionamento de licitação.

Sobre o assunto, valioso relembrar das lições de Jessé Torres Pereira Júnior:

Não seria exagerado afirmar-se que o quociente de inteligência – também de probidade – de toda contratação administrativa, com ou sem licitação, reside na adequada especificação de seu objeto, quer se trate de compra, obra ou serviço. A especificação que caracterize de modo suficiente e preciso o objeto decerto que atrairá licitantes conhecedores do que quer e do não quer a Administração, para bem atender às suas necessidades. Segue-se que as propostas serão apresentadas de acordo com tais necessidades, com preços que levarão em conta os custos a elas correspondentes, e os contratos espelharão esse nexó, a confirmar-se na execução sob a fiscalização dos agentes administrativos.^[10]

Portanto, o suscitado Acórdão 2.829/15 – Plenário deverá servir de baliza aos órgãos e entidades da Administração Pública para a identificação do objeto licitado, o que per si ensejará um relevante ganho qualitativo no planejamento das licitações e de sua lisura.

[10] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 191-192.

V

ANÁLISE DA VANTAJOSIDADE DO CARONA

Para a ocorrência da adesão, em primeiro lugar, o órgão não participante deverá justificar e comprovar a vantagem para aderir à ata de registro de preços de outro órgão ou entidade. Ainda que o Decreto 7.892/13 não tenha repetido a imperiosidade de comprovação de vantagem como estava previsto no Decreto 3.931, entende-se que quando se fala em justificar já está implícito que haverá a necessidade de comprovação de vantagem.

Justificar é motivar o ato realizado. Motivar é expender as razões de fato e de direito que levam a Administração atuar. O princípio da motivação é indispensável para que ocorra controle. Sem justificar como alguém pode controlar o ato? Sempre questiono, como poderá controlar o ato de alguém fazer algo ou deixar de fazer se a pessoa somente escrever sim ou não? A motivação atualmente está estabelecida expressamente na Lei 9.784/99, texto normativo que disciplina o processo administrativo federal e que determina em seu art. 50 que todos os atos administrativos deverão ser motivados.

A justificativa que expressará se é viável ou inviável a adesão à ata de registro de preços deverá ater-se aos aspectos econômicos e temporais. Quando se fala em aspectos econômicos, pensa-se em questões de utilidade ou necessidade técnica daquela adesão e dos benefícios que poderá ocasionar ao interesse público. Do mesmo modo, se financeiramente é interessante aderir à ata de registro de preços ou abrir uma licitação. Este critério muitas vezes é facilmente perceptível quando se verifica licitações para registro de preços desenvolvidas

pelo Estado ou pela União para registrar um quantitativo grande de maquinário pesado e posteriormente o Município pegar carona para aderir tão somente para uma ou duas unidades do maquinário (v.g., retroescavadeira). E, além destes pontos, deve-se justificar o critério temporal respondendo à seguinte pergunta: não dará tempo de fazer a licitação, logo é mais viável pegar carona? A falta de tempo não pode ser justificada por desídia, falta de planejamento ou negligência na execução do planejamento orçamentário.

Neste assunto, o Tribunal de Contas da União defende que a análise da vantajosidade deverá ocorrer sob os aspectos técnicos, econômicos e temporais:

9.2. determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que:

9.2.1. oriente os gestores dos órgãos integrantes do Sisg:

[...]

9.2.1.3. quando se tratar de contratação mediante adesão a ata de registro de preço, a realizarem ampla pesquisa de mercado, visando caracterizar sua vantajosidade sob os aspectos técnicos, econômicos e temporais, sem prejuízo de outras etapas do planejamento, conforme previsto no art. 15, §1º, da Lei nº 8.666/1993 c/c os arts. 3º e 8º, caput, do Decreto nº 3.931/1999 e no item 9.2.2 do Acórdão nº 2.764/2010-TCU-Plenário;

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.793/11 – Plenário, Sessão: 06.07.2011, Relator: Ministro Valmir Campelo)

Juarez Freitas considera a motivação como um dos traços qualificadores que favorecem a transição à boa administração e à constitucionalidade das relações administrativas, porém esta deverá ser expandida de forma congruente e rigorosamente vinculada aos princípios e direitos fundamentais, sob pena de ser considerada uma irrupção do arbítrio desguarnecida de lastro no imperativo da racionalidade dialógica.^[11]

[11] FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. *Interesse Público*, ano 12, n. 60, p. 13-24, abr/abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 16-17.

Muitas vezes na Administração Pública a motivação geralmente aparece por intermédio dos “considerandos” que servem de baliza para a feitura da adesão e significam a narrativa do motivo.^[12]

Quanto à relevância da motivação, demonstra-se por intermédio de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que inclusive enfoca a motivação e a teoria dos motivos determinantes^[13]:

Ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada **teoria dos motivos determinantes**, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Expostos os motivos, a validade do ato fica na dependência da efetiva existência do motivo. Presente e real o motivo, não poderá a Administração desconstituí-lo a seu capricho. Por outro lado, se inexistente o mo-

[12] GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67. Roberto Dromi descreve que a motivação está “*contenida dentro de lo que usualmente se denominam considerandos. (...) Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.*” (DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 376).

[13] A teoria dos motivos determinantes determina que “os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente.” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 138-139). Por conseguinte, a inexistência do(s) fato(s), a falta de veracidade do(s) fato(s) ou o enquadramento errado dos fatos às normas geram a invalidade do ato. Ruy Cirne Lima classifica como a inexistência material ou a inexistência legal, sendo que ambas geram a nulidade de pleno direito do ato administrativo. A inexistência material acontece quando os fatos supostamente embaixadores à feitura do ato inexistem ou são diversos do que foi descrito; já a inexistência legal ocorre quando não existe o fundamento legal alegado para a realização do ato administrativo. (LIMA, Ruy Cirne. *Princípio de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 257).

tivo declarado na formação do ato, o mesmo não tem vitalidade jurídica.^[14]

O Tribunal de Contas da União qualifica, faz tempo, como indispensável que haja a devida justificativa e a demonstração de vantagem do órgão não participante em aderir a determinada ata de registro de preços:

9.3.3. quando realizarem adesão à ata de registro de preços atentem que:

9.3.3.1. o planejamento da contratação é obrigatório, sendo que se o objeto for solução de TI, caso seja integrante do Sisp, deve executar o processo de planejamento previsto na IN - SLTI/MP 4/2010 (IN - SLTI/MP 4/2010, art. 18, inciso III) ou, caso não o seja, realizar os devidos estudos técnicos preliminares (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX);

9.3.3.2. devem demonstrar formalmente a vantajosidade da adesão, nos termos do Decreto 3.931/2001, art. 8º;

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.233/12, Relator Aroldo Cedraz; Data do Julgamento: 23.05.2012).

A adesão a ata de registro de preços requer planejamento da ação, com levantamento das reais necessidades da administração contratante, não se admitindo a contratação baseada tão-somente na demanda originalmente estimada pelo órgão gerenciador.

Ainda na Tomada de Contas Especial oriunda de representação acerca de possíveis irregularidades em duas contratações efetuadas pelo (*omissis*) na área de teleatendimento, examinou-se a contratação de “solução global de call center” mediante adesão a ata de registro de preços da (*omissis*). Segundo análise da unidade técnica, não restou devidamente

[14] RMS 10.165/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 04.03.2002. Além do julgado transcrito, arrolam-se a título complementar outros julgados na mesma toada: (AgRg no REsp 670453/RJ, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 08.03.2010; RMS 20565/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.05.2007; REsp 708030/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21.11.2005; REsp 725537/RS, DJ 01.07.2005, Rel. Min. Felix Fischer).

comprovada a real demanda do (*omissis*) e a vantajosidade dos preços contratados, inexistindo nos autos estudos ou levantamentos realizados para o quantitativo a ser contratado, nem documento que demonstrasse a real vantagem econômica da adesão. Ouvidos em audiência, não lograram os responsáveis demonstrar a existência de satisfatório planejamento da contratação. Ao contrário, admitiram os responsáveis a fragilidade do planejamento ao argumentar que a contratação é que serviria para avaliar a quantidade ideal de postos para a prestação do serviço. Anotou o relator que “chega a ser despropositada a ideia de tomar uma contratação desse porte como experiência” destinada a, nas palavras da representante da responsável, “delimitar com mais precisão as reais necessidades do (*omissis*)”. E assim prosseguiu: “o que se depreende dos autos é que a expressiva ampliação do número de postos de atendimento do Disque-Saúde – de 70 para 272 – levou em conta tão-só a demanda originalmente estimada para si pela (*omissis*), e não, como seria de se esperar, as reais necessidades do (*omissis*). De fato, 272 foi exatamente o número de postos de 12 horas estabelecido pela (*omissis*) em seu contrato”. Carente de justificativa razoável, diante do vulto do contrato e até mesmo da não urgência da contratação, entendeu o relator ter sido irregular a conduta dos gestores, à exceção do Subsecretário de Assuntos Administrativos, que não participou concretamente da decisão de contratar. Ressaltou que não houvera análise consistente das opções de contratação do objeto, nem fundamento para desistir do procedimento licitatório que estava sendo preparado, tampouco manifestação técnica quanto à compatibilidade do objeto da ata, em qualidade e quantidade dos serviços com o objeto que o órgão contratara emergencialmente. Assim, o Tribunal acolheu a proposta do relator, rejeitando as razões de justificativas dos responsáveis e aplicando-lhes multa individual.

(Informativo de Licitações e Contratos do TCU nº 284, Acórdão 998/16 – Plenário, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler).

As justificativas precisam estar acostadas no processo administrativo que desencadeará o carona e obviamente precisam ser motivos existentes e ver-

dadeiros, os quais não sejam decorrentes de falta de planejamento, desídia, preguiça de licitar ou falha na execução do plano anual de licitações. Portanto, a demonstração da vantajosidade pelo aderente é condição *sine qua non* para a validade da adesão à ata de registro de preços.

VI

CENTRALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES: uma opção vantajosa?

Um tema que tem despertado a atenção da Administração Pública em virtude de suposta economicidade e eficiência administrativa é a centralização de licitações públicas ou o uso da licitação compartilhada. Todavia o assunto não deve ser examinado somente sob o viés da economicidade de fazer um certame ao invés de vários para o mesmo objeto. Acerca do tema, o Tribunal de Contas da União recomendou à (omissis) que se obtemperasse a centralização dos procedimentos de contratação ou o uso da licitação compartilhada:

Recomendação à (omissis) no sentido de que adote as devidas cautelas na participação em futuros procedimentos de contratação centralizada, considerando-se que essa sistemática não assegura necessariamente preços mais vantajosos aos que seriam obtidos com a condução individualizada da licitação, além de facilitar o acerto e a divisão de mercado entre as empresas licitantes, bem como abstenha-se de participar de licitações conduzidas por outras empresas de distribuição da Eletrobrás quando não verificada a economicidade da contratação.

(Tribunal de Contas da União, item 1.9, TC-031.429/2013-0, Acórdão 4.222/16 – 2ª Câmara)

Constata-se pelo julgado acima que o Relator Ministro Raimundo Carreiro destacou a necessidade de serem adotadas cautelas quanto à centralização de licitações haja vista tal sistemática não ser necessariamente mais vantajosa à Administração Pública ou, nas palavras do Acórdão sobre o qual ora se debru-

ça, “essa sistemática não assegura necessariamente preços mais vantajosos aos que seriam obtidos com a condução individualizada da licitação”.

A esse respeito, a regra imposta à Administração Pública, nos ditames esculpidos no art. 23, §1º, da Lei 8.666/93, é de que seja parcelado o objeto da licitação em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se a licitação com vistas à ampliação da competitividade e ao melhor aproveitamento dos recursos, sem perda da economia de escala.

Além disso, o art. 20 da Lei de Licitações prescreve que “as licitações serão efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado”.

Interpretando os dois dispositivos suscitados da Lei 8.666/93 e os princípios do regime jurídico-administrativo, infere-se que o administrador público ao optar pela contratação centralizada ou pela licitação compartilhada deve justificar que tal opção se sustenta por configurar maior racionalização na economicidade da licitação sob o enfoque da vantajosidade das propostas dos licitantes e prevendo a customização da execução do objeto contratado, bem como as melhores condições de acompanhamento, fiscalização e gerenciamento desta execução pela Administração Pública.

Não se deve pensar na licitação centralizada ou na licitação compartilhada como um *benefício-regra (absoluta) sem exceção*, ou seja, cabível em todo e qualquer caso, isto porque nem sempre será mais vantajoso e econômico para a Administração Pública. Muitos apregoam tão somente a ideia de que é mais fácil ter uma proposta mais vantajosa para 10.000 unidades ao invés de 1.000 unidades sob o argumento da economia de escala, da mesma maneira que fazer uma licitação ao invés de três licitações é menos dispendiosa sob o viés financeiro (custas para publicação, gasto de pessoal, etc.). Contudo será que este *benefício-regra* sustenta-se numa situação que a entrega acontecerá em três estados diferentes (por exemplo, Pará, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul) que possuem distâncias e mercados de fornecedores diversos? Será que não é

indispensável examinar se o quantitativo e as distâncias comportam a centralização? Será que não haverá um direcionamento no certame ou uma postura anti-isonômica pelo Poder Público ao alijar vários fornecedores?

Na mesma esteira de raciocínio, será vantajoso centralizar uma compra para todo o Estado quando existem demandas diversas (entre capital e as repartições sediadas em cidades do interior) e conseqüentemente custos para os deslocamentos que poderão encarecer, por exemplo, até 35% do valor do objeto em si? Para dilapidar qualquer dúvida acerca do tema, alvitra-se também do princípio do desenvolvimento nacional sustentável e dos objetivos fundamentais da nossa República que, dentre outros, são o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, II e III, da Constituição), isto porque uma licitação centralizada poderá prejudicar ou até tolher a participação de fornecedores menores e regionais ou locais em razão da falta de infraestrutura dos mesmos de atenderem uma quantidade tão expressiva ou áreas geograficamente extensas.

Nota-se, sobretudo quando o acórdão acima destacado recomenda a adoção das “devidas cautelas” nas contratações centralizadas, não se determina o parcelamento ou, ainda, não se veda tal sistemática, mas orienta-se que seja observado se de fato tal adoção é, em qualquer caso, mais vantajosa à Administração.

O que se preconiza, na esteira do que já se comentou, é que o administrador público deve visar ao melhor aproveitamento do recurso público, bem como à ampliação da competitividade, haja vista serem estes objetivos basilares do procedimento licitatório – que é o instrumento pelo qual a Administração Pública seleciona quem será contratado, assegurando-se, sempre, a isonomia, a competitividade e o desenvolvimento nacional sustentável no processo de contratação.

Entende-se, portanto, que necessária se faz a demonstração de condicionantes, sejam estruturais, territoriais, econômicas e/ou estratégicas para que

se justifique a adoção da sistemática de contratação centralizada ou licitações compartilhadas. Novamente, deve restar demonstrada vantagem à Administração Pública, sem que esta seja considerada um axioma ou dogma (assemelhando-se à ideia de verdade absoluta) prescindindo de justificação; isto é, em outras palavras, a motivação para a licitação compartilhada ou licitação centralizada será necessária na fase interna do certame para aferir a correição ou não da atuação administrativa.

No caso específico do órgão do julgado suscitado, é importante destacar que tal possui unidades em diversas localidades do país e, pensando em realidades regionais diversas, critérios como o da economicidade ou da dificuldade de gestão de contratos de grandes dimensões podem ser negativos para a adoção da centralização da contratação.

Assim sendo, não é possível pressupor que a centralização das licitações ou a licitação compartilhada é a forma mais vantajosa de execução de um contrato administrativo face à necessidade de se observarem outros critérios que podem afrontar tanto a competitividade quanto a economicidade na/da contratação.

Vislumbra-se, ainda, outra grande questão que pode se afigurar como desvantagem ao longo da execução do objeto contratado, como já mencionado, que é a dificuldade de gestão de contratos “muito extensos territorialmente”. Esta situação dificulta o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual, podendo gerar mais custos e embaraços logísticos à Administração Pública em contraponto à vantagem que se pretendeu com a aglomeração do objeto que poderia ser parcelado, mesmo que num critério territorial.

Portanto, deve-se ter muito cuidado ao “doutrinar” que as licitações centralizadas e licitações compartilhadas sempre serão vantajosas e mais adequadas ao interesse público, inclusive com os incentivos à intenção de registro de preços. Não se está abnegando a vantajosidade existente em alguns casos, mas sim enfatizando que nem sempre a regra é absoluta, logo comporta exceções, mormente ponderações sobre a sua real vantajosidade no caso em tela ou não.

VII

CONVITE: Empresas convidadas com Sócios em comum

Antes de discorrer sobre a possibilidade de licitantes com sócios em comum participarem e disputarem uma mesma licitação, indispensável alguns comentários iniciais.

O processo licitatório é um procedimento administrativo burocrático que tem por finalidade escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública a partir de uma disputa isonômica, competitiva e que busque o desenvolvimento nacional sustentável.

Nesta linha, os princípios da isonomia, da competitividade e do desenvolvimento nacional sustentável constituem os pilares embaixadores e finalísticos de uma licitação. Sob este prisma, apreciar-se-á a legalidade ou não de participação de dois ou mais licitantes com sócios em comum num mesmo certame.

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável é um princípio relativamente recente no artigo 3º, *caput*, da Lei de Licitações, já que decorre da alteração advinda da Lei n. 12.349/2010. Apesar de inserido há pouco tempo na legislação de licitações, o dever de busca ao desenvolvimento nacional já estava determinado pelo sistema jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil estatui o “desenvolvimento nacional” como objetivo fundamental (Art. 3º, II). E, vale lembrar, que licitações e contratos sustentáveis não são restritas ao viés ambiental, mas sim ao ideal de sustentabilidade perpassando pelas áreas social, ambiental, cultural e

econômica. Este princípio não será inicialmente maculado pela existência de sócios em comum.

Já o princípio da competitividade relaciona-se à proposta mais vantajosa ao interesse público. Isso pode ou não, conforme o objeto licitado, ser sinônimo de menor preço, porque em certas hipóteses, será necessário avaliar aspectos diversos do preço para selecionar a melhor oferta.^[15] Por sua vez, o princípio da isonomia prevê, em linhas gerais, o tratamento igualitário para os iguais e desigual para os desiguais na medida de suas desigualdades.

Os princípios da competitividade e da isonomia poderão ser questionados quanto a uma suposta violação ante a existência de licitantes com sócios comuns. Será que existe algum fator de diferença entre os licitantes que possuem sócios em comum e os demais? Há algum prejuízo à lisura da disputa? Prejudicará a busca da proposta mais vantajosa pela participação de licitantes com sócios em comum? Existe adequação entre a possível exclusão de tais licitantes e um suposto benefício à igualdade entre os demais na disputa?

Ora, estas são algumas perguntas que precisam ser enfrentadas para examinar a ilegalidade ou não na conduta dos licitantes que possuem sócios em comum. Em que pese as digressões acadêmicas e doutrinárias sobre o tema, o Tribunal de Contas da União em 2011 e 2012 já tinha se manifestado em alguns julgados contrário à participação de empresas concorrentes com sócios em comum ou que possuam parentesco entre si:

Contratações públicas: Licitação com a participação de empresas com sócios em comum e que disputam um mesmo item prejudica a isonomia e a competitividade do certame

(...). Para ela, “se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação”. Como consequência, ain-

[15] REIS, Luciano Elias. *Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 129.

da para unidade técnica, “é possível que existam empresas atuando como ‘coelho’, ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração”. Para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios, seria recomendável, então, que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomassem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, mediante alerta por intermédio do Comprasnet, a partir de modificações no sistema a serem feitas pela (omissis), o que foi sugerido pela unidade técnica ao relator, que acolheu a proposta, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 1.433/2010 e 2.143/2007, ambos do Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 70 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.793/11 – Plenário, TC-011.643/2010-2, Rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011).

“(...) determinação a um município no sentido de que evite a participação de empresas com sócios em comum e/ou com relação de parentesco entre eles em licitações que envolvam recursos federais repassados mediante convênio, acordo, contrato de repasse ou instrumentos congêneres, para evitar a afronta aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa.”

(Tribunal de Contas da União, item 9.10, TC-021.929/2010-6, Acórdão 2.809/12 – Plenário).

Em 2013, no Acórdão 526/13 – Plenário, o Tribunal de Contas da União enfrentou a questão um pouco diferente, recordando o Acórdão 297/09 – Plenário, porque deliberou que inexistente qualquer impedimento pela legislação vigente que obstaculize ou determine o afastamento de licitantes com sócios em comum para competir num mesmo certame. Contudo, analisando o caso à baila, verifica-se que a Corte de Contas compreendeu que este raciocínio

não prevalece para casos de convite, dispensa de licitação, de relação entre os licitantes e o autor do projeto executivo e se for para contratar uma empresa para fiscalizar serviço prestado pela outra.

A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra

(...) O relator anotou, a esse respeito, que “nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação”. E mais: “A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes”. Acrescentou que, de acordo com o precedente revelado pelo Acórdão 297/2009 – Plenário, a participação simultânea de empresas que tenham sócios comuns em um mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: “a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra”. (...) O Tribunal, então, em face de falhas outras identificadas na auditoria decidiu efetuar recomendações e determinações aos (omissis) e (omissis), e deixou de expedir determinação corretiva acerca do quesito acima destacado, tendo em vista a informação de que a referida vedação não mais tem sido inserida em editais dessas entidades. Precedentes mencionados:

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 143 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 526/13 – Plenário, TC 028.129/2012-1, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 13.03.2013).

As quatro situações indicadas inclinam, que para uma presunção de ilegalidade, são apontadas justamente pelo fato de prejudicar a isonomia e a competitividade entre os licitantes.

A relação do autor do projeto executivo ou ainda do autor do projeto básico com o possível executor é causa de impedimento taxada pelo artigo 9º, inciso I, da Lei 8.666/93. Na mesma diretriz, a questão do enlace entre o executor e o possível fiscalizador também é inviável de acontecer sob pena de propiciar ou permitir um possível prejuízo ao interesse público.

Quanto à dispensa de licitação e os casos de convite, aqui merece uma atenção maior. Parece-me que a ideia do julgador não foi de alijar os participantes com sócios ou parentesco em comum em situações de dispensa eletrônica (cotação eletrônica) em função do valor (arts. 24, I e II, da Lei de Licitações), até porque nestes casos o raciocínio é o mesmo de um pregão eletrônico. Isto é, como o sistema é aberto e franqueado a qualquer interessado, bem como transparente (acessível a qualquer cidadão para fiscalização), não faria sentido obstaculizar a participação de licitantes já que não haveria em princípio margem para possível conluio. Não se afirma que é impossível o conluio, até porque os golpistas não costumam ver barreiras para os seus objetivos ilícitos.

Ao que parece, a menção dos Ministros do Tribunal de Contas da União à dispensa de licitação foi para aqueles casos que são implementados por intermédio da pesquisa de mercado arrolada no processo administrativo e demais procedimentos de praxe, porém sem nenhuma sessão pública ou qualquer publicidade até o recebimento das propostas para fins de controle durante a sua confecção. Abre-se parêntese para alertar que a publicidade dos procedimentos de contratação direta, mais precisamente do termo de ratificação se faz imprescindível nos termos da Lei (art. 26), porém esta publicização ocorre como ato derradeiro da dispensa, até porque o termo de ratificação é um ato de homologação e controle da autoridade superior.

Portanto, no intuito de evitar que “apareçam três ou quatro orçamentos arrançados” de empresas parceiras (com sócios ou parentes em comum) para concretizar uma dispensa, o Tribunal de Contas da União optou, corretamente, por esta frenagem a possíveis arbítrios e desmandos. Na mesma esteira de raciocínio é a questão do convite, pois este é uma modalidade de licitação mais célere, no entanto de publicidade e formalismo mais frágeis, pois não há a necessidade legal de publicação da carta-convite e o prazo de publicidade mais exíguo.

Sobre a questão dos convites, vide decisões do Tribunal de Contas da União:

Em licitações sob a modalidade convite é irregular a participação de empresas com sócios em comum

(...). Nesse quadro, foram consideradas lesivas à ordem jurídica a adjudicação e a homologação de certames licitatórios, na modalidade convite, para a prestação de serviços ou para a aquisição de bens por parte do (omissis), com menos de três propostas de preços válidas e independentes entre si. A ausência de independência das propostas, no ponto de vista do relator, seria perceptível, ante a imbricada rede de relacionamentos, inclusive de parentescos familiares, entre representantes legais de empresas participantes de licitações realizadas pelo (omissis), sob a modalidade convite. A esse respeito, o relator consignou em seu voto a ocorrência de, senão má-fé, no mínimo grave omissão e falta de zelo por parte dos gestores responsáveis pelas contratações. Anotou, ainda, com base em decisões anteriores do Tribunal, entendimento no sentido de considerar “irregular a participação de empresas com sócios em comum quando da realização de convites”. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo da aplicação de multa, o que foi aprovado pelo

Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 161/1998 – Primeira Câmara e 297/2009 e 1.793/2009, ambos do Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 74 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.003/11 – Plenário, TC-008.284/2005-9, Rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011).

7. Com efeito, segundo a jurisprudência desta Corte de Contas, em licitações sob a modalidade convite, é irregular a participação de empresas com sócios em comum, pois tal situação afasta o caráter competitivo do certame e configura fraude à licitação. Nesse sentido, os Acórdãos 526/2013 – TCU – Plenário, 1.047/2012 – TCU – Plenário, 2.003/2011 – TCU – Plenário, dentre outros.

8. Importante salientar que a participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não caracteriza, por si só, a ocorrência de fraude, mas somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes. É o que acontece quando se verifica tal coincidência nas licitações sob a modalidade convite, em que os participantes são convidados pela Administração e a publicidade do certame é naturalmente mais restrita, de sorte que a participação de empresas com sócios em comum afasta qualquer possibilidade de competitividade efetiva entre os licitantes, além de comprometer o sigilo das propostas, dificultando a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.

9. A responsabilidade do ex-prefeito, no caso, advém do fato de ter sido ele o signatário do convênio e o responsável pela homologação do certame com o vício apontado. Nesse particular, não socorre o recorrente a alegação de que seu ato teria sido precedido de parecer jurídico ou se apoiado em atos praticados por seus subordinados. Conforme a jurisprudência deste Tribunal, a responsabilidade do prefeito na execução de convênio resulta da sua condição de signatário do ajuste, que o faz garantidor da correta aplicação dos recursos. Assim, mesmo que não pratique atos referentes à execução, deve adotar providências para que esta ocorra dentro dos parâmetros legais, sob pena de responder por culpa in

eligendo ou culpa in vigilando (Acórdão 2.059/2015 – TCU – Plenário, Acórdão 2.360/2015 – TCU – Plenário).”

(Tribunal de Contas da União, Voto do Ministro Relator Bruno Dantas, Acórdão 3.108/16 – 1ª Câmara, Sessão 17.05.2016)

Em outro caso, o Tribunal de Contas da União alertou inclusive em uma licitação municipal com verbas federais:

“Orientação a um município no sentido de que, em licitações na modalidade convite que envolvam recursos federais, abstenha-se de permitir a participação de empresas que tenham sócios em comum ou em que haja relação de parentesco entre eles, por constituir afronta aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa”.

(Tribunal de Contas da União, item 9.10, TC-005.037/2009-7, Acórdão 1.047/12 – Plenário).

Para complementar, convém ainda enfatizar que independentemente do caso (se é dispensa, convite, pregão, etc.), se a Administração Pública averiguar a existência de empresas concorrentes com sócios em comum ou que possuam parentesco entre si e que tais estão mancomunadas a fim de prejudicar a isonomia, a competitividade e a lisura do certame a partir de algum indício ou prova material, é dever da Administração Pública tomar as devidas providências para afastá-las da disputa, dependendo do caso até anular a licitação e deve também instaurar o devido processo administrativo sancionador visando à aplicação das penalidades administrativas. Além disso, deve encaminhar cópia do processo administrativo sancionador ao Ministério Público para constatação de possível crime e se constatar que houve fraude à licitação em tese deverá ser enviado ao Tribunal de Contas da União nos termos do art. 46 da Lei Orgânica (Lei 8.443/92).

Por exemplo, se em um pregão presencial ou eletrônico, verifica-se a prática de mergulho ou de parede para o beneficiamento de licitantes em conluio, não importa se eles possuem sócios ou parentes em comum ou nem possuem qualquer vinculação explícita no corpo dos seus contratos sociais, é dever da Administração tomar as providências anteriormente descritas para cessar imediatamente o ilícito praticado.

Este é um dever de cautela ínsito à atuação administrativa no dia a dia das licitações. Acerca do tema, o Tribunal de Contas da União já julgou:

Licitação de obra pública: Ainda que não haja vedação legal para a participação em concorrências de empresas com sócios em comum, a fraude à licitação, decorrente da frustração ao caráter competitivo e da quebra do sigilo das propostas, enseja a declaração de inidoneidade das empresas pertencentes a uma mesma pessoa

(...). Ao tratar do assunto, o relator, em seu voto, destacou que, em recente deliberação, o Tribunal ratificou entendimento de que “não há vedação legal para a participação, em concorrências, de empresas com sócios em comum, devendo, entretanto, tal informação ser confrontada com outras no decorrer do processo licitatório”. Na espécie, ainda consoante o relator, “constatou-se que as empresas apresentaram propostas com coincidência de texto, aí incluídos incorreções textuais e valores grafados, sendo também muito próximos os preços por elas oferecidos, nos lotes VI e VIII, em que eram as únicas participantes, o que obviamente deveria ter chamado a atenção dos responsáveis pelo certame, ante o comprometimento da lisura do certame pela frustração ao caráter competitivo e o princípio do sigilo das propostas”. Além disso, para o relator, “diante da configuração de fraude à licitação, afigura-me pertinente a declaração de inidoneidade das referidas empresas, conforme proposto pela unidade técnica”. Assim, diante dessa e de outras irregularidades, entendeu o relator não merecerem ser acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, razão pela qual

votou por que lhes fosse aplicada multa, no que foi acompanhado pelo Plenário, que também anuiu à proposta de declaração de inidoneidade das empresas participantes da fraude.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 80 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.528/11 – Plenário, TC-010.428/2009-0, Rel. Min. José Jorge, 21.09.2011).

Portanto, estes são os breves comentários sobre o posicionamento específico do Tribunal de Contas da União quando ficar detectada a presença de licitantes com sócios em comum ou parentesco entre eles. Por fim, convém lembrar que é conduta de cautela das Comissões de Licitação e dos Pregoeiros a conferência de todo o quadro social de todos os licitantes, a fim de constatar possíveis sócios em comum ou vínculo de parentesco entre eles. Com base nestas informações, deverão adotar a postura externada pelo Tribunal de Contas da União antes da abertura dos envelopes e possíveis julgamentos, bem como no caso de outras modalidades deverão utilizar tal informação para aumentar o cuidado e o monitoramento a fim de evitar comportamentos ilícitos no certame.

VIII

LICITAÇÃO POR LOTE OU ITEM?

Por meio da Súmula nº 247, o Tribunal de Contas da União determina que, nos casos de contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, é obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, com o objetivo de proporcionar a ampla participação dos licitantes, que podem não ser aptos a fornecer a totalidade dos itens licitados^[16].

O parcelamento do objeto a ser licitado em itens, como regra, é a medida mais favorável à Administração, pois possibilita um maior número de participantes no processo licitatório, desde que não eleve o custo da contratação de maneira global ou, ainda, não afete a execução do serviço ou a integridade do objeto licitado. Tal concepção pode ser extraída do parágrafo primeiro do art. 23 da Lei 8.666/93:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[16] **SÚMULA Nº 247-TCU:** É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

§ 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Repisa-se que, no caso de objeto passível de divisão, a licitação pode ser por itens ou por lote. Na licitação por itens, a Administração Pública opta por dividir o objeto licitado em partes específicas, propiciando maior facilidade na participação de licitantes que se vejam impossibilitados de fornecer todos os itens de forma global. Já na licitação por lote único, agrupam-se itens diversos, desde que guardem compatibilidade entre si e sejam de natureza similar.

Oportuno esclarecer que o sopesamento da viabilidade da divisão do objeto licitado e dos benefícios dessa divisão para a própria Administração Pública e, via de consequência, em atendimento ao interesse público na proteção do erário, deve ocorrer na fase interna da licitação.

Compreendendo o agente público tratar-se de um caso no qual a licitação por lote único é mais adequada, deve ficar explícita a viabilidade técnica dessa junção e/ou o ganho econômico da Administração Pública para evitar possível perda da economia de escala.

Sendo adotada a divisão em itens do objeto licitado em um mesmo processo licitatório, o que se configuram, em verdade, são certames distintos, cada qual correspondente a cada item licitado, concentrados em um único procedimento licitatório. Preleciona Marçal Justen Filho que a licitação por itens

consiste na concentração, em um único procedimento, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas

desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos” 2 . Continua, ensinando que “a licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória^[17]

Sobre essa mesma medida, o Tribunal de Contas da União entende tratar-se de uma “concentração de diferentes objetos num único procedimento licitatório, que podem representar, cada qual, certame distinto”^[18] e, sendo assim, cada item deve ser julgado de forma independente como se fosse uma licitação própria.

Como já se pôde compreender, não é vedada a adjudicação por lote único de itens divisíveis. O que se veda, como ilustra a ementa abaixo colacionada, é a ausência de justificativa para a adoção dessa abordagem por parte da Administração Pública:

O TCU deu ciência à (*omissis*) sobre impropriedade caracterizada pela ausência de justificativa no processo licitatório, devidamente fundamentada, para a composição dos lotes a serem licitados, identificada no pregão eletrônico 001/2016-Dirac, em afronta ao princípio da motivação dos atos administrativos e ao entendimento presente no Acórdão 5.134/14 – 2ªC, considerando-se a Súmula/TCU nº 247/2004.

(Tribunal de Contas da União, item 1.6.1, TC-003.514/2016-1, Acórdão 400/16 – Plenário)

A opção de licitar por lote único itens divisíveis deve ser sempre tratada como uma exceção, posto que a cotação por preço global pode incorrer na redução da competitividade, o que, em última análise, é vedado pela legislação pátria.

[17] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11.ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005,p. 208

[18] TCU. *Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4.ed.rev.,atual., e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 238-39.

A esse respeito, o Tribunal de Contas das União entende que a licitação em lote único “deve ser vista com cautela pelo agente público” pois poder vir a “afastar licitantes que não possam fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos”^[19].

Nota-se que, apesar de não haver vedação para a licitação por lote único, cabe à Administração Pública optar, sempre que possível, pela licitação por item, por propiciar maior competitividade ao certame já que muitas empresas aptas a fornecerem determinados itens podem não ser capazes de fornecer todos os requeridos de forma global. Entretanto, se houver alguma justificativa técnica e/ou econômica apta a alijar a divisão por itens, a Administração Pública poderá recorrer à licitação por lote, desde que reúna itens que possuam alguma similaridade e compatibilidade frente o mercado fornecedor.

[19] Ibidem.

IX

INEXIGIBILIDADE PARA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS: Cautelas e Críticas

A Constituição da República de 1988 preceitua em seu art. 37, XXI, que a regra para as contratações de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública é a licitação pública, ressalvados os casos especificados na legislação.

Quando o inc. XXI do art. 37 insere como aposto “ressalvados os casos especificados na legislação”, verifica-se a existência de uma exceção à regra constitucional do dever de licitar prevista pela própria Lei Maior.

A referida exceção abarca as hipóteses de dispensa de licitação (principalmente expostas arts. 17 e 24 da Lei 8.666/93) e inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei 8.666/93) que são denominadas na doutrina como espécies de contratação direta.^[20]

[20] Compreende-se que inexistente diferença entre licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/93) e licitação dispensável (art. 24 da Lei 8.666/93). Nesta linha, compreende Marçal Justen Filho assevera (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 346. Doutrina, há quem entenda existir diferenças. Sobre o assunto, vide Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 205) e Joel de Menezes Niebuhr (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de licitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 372).

Especificamente acerca da inexigibilidade de licitação, salienta-se que o art. 25 da Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos prescreve que:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I. para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II. para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III. para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A inexigibilidade de licitação configurar-se-á em situações de inviabilidade de competição, seja no aspecto fático ou jurídico, motivo pelo qual o rol do art. 25 é meramente exemplificativo, diferentemente das hipóteses de dispensa de licitação arroladas nos arts. 17 e 24 da Lei de Licitações.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível quando inviável a competição.”^[21] Diógenes Gasparini expõe que “inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa

[21] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 537.

que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação.^[22]

Neste ensaio focar-se-á a aplicabilidade do inc. III do art. 25 da Lei de Licitações que trata sobre a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Por conseguinte, infere-se de imediato a presença de três requisitos para a subsunção do fato à hipótese legal: profissional do setor artístico; consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública; e contratação direta com o profissional ou com o empresário exclusivo.

Em primeiro, a contratação de profissional de qualquer setor artístico representa uma amplitude que ultrapassa os meros horizontes de bandas e cantores, alcançando grupos de teatro, artistas ou grupos humorísticos, artistas de pinturas, esculturas, etc. Normalmente, imagina-se sempre na contratação da banda para tocar na festa de aniversário da cidade, entretanto pode-se vislumbrar, dentre outros, a contratação do Palhaço Goiabada para animar o Dia das Crianças no Parque Municipal ou de um exímio Pintor para explicar algumas técnicas numa Feira Municipal de Pinturas.

Vale destacar que não há a imprescindibilidade de um único artista para perfectibilizar este requisito:

A contratação de serviços artísticos revela outra hipótese que enseja a inexigibilidade de licitação pública, haja vista que, sob determinadas condicionantes, torna inviável a competição, mormente tomando-se em conta que o critério para comparar os possíveis licitantes é a *criatividade*, portanto,

[22] GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 547.

de fio a pavio, subjetivo. A arte não é ciência, não seque métodos, não é objetiva. Antes disso, a arte é expressão da alma, do espírito, da sentimentalidade, da criatividade, por tudo e em tudo singular. Dessa maneira – é imperativo ressaltar em virtude de ser muito frequente a confusão –, a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço.^[23]

Em segundo, conforme a dicção da lei, o profissional tem que ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O próprio enunciado normativo deixa clara a conjunção alternativa ao asseverar crítica especializada ou opinião pública, isto é, não há problemas em contratar um artista consagrado tão somente pela crítica especializada. Pode um flautista ser muito famoso pela crítica especializada de artistas de flauta e sequer ser conhecido pela opinião do povo. A consagração reclama a existência de uma fama de forma mais restrita ou mais extensa. Esta por sua vez não gera na atualidade ter mais de cem mil seguidores na internet, duzentos mil CDs vendidos ou ter passado em um programa de TV no horário nobre. Pode ser que o artista tenha tais caracteres e detenha notoriedade, entretanto os aludidos elementos da vida moderna por si só não são suficientes para o enquadramento legal. A consagração pela opinião pública é muito diferente de popularidade. O fato de um profissional ser conhecido por inúmeras pessoas numa praça não necessariamente leva à conclusão de sua consagração pela opinião pública. Por exemplo, pode ser que uma artista de novela seja popular para fins de teatro, mas não seja consagrada pela opinião pública como cantora. Por isso, desde já recomenda-se muita cautela na caracterização deste elemento para a aplicação do inc. III do art. 25.

A título complementar, discorda-se frontalmente da impossibilidade de contratação de profissionais amadores com esteio neste dispositivo legal.

[23] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99.

É dever do Estado garantir, proporcionar e fomentar a cultura por meio da valorização e difusão das manifestações culturais, tanto que a Constituição da República assim prescreve em inúmeros dispositivos (arts. 23, III, IV e V, 24, VII e IX, 30, IX, 210, 215, 216, 216-A), bem como determina a promoção do bem de todos (objetivo fundamental do Estado Brasileiro, art. 3º, IV da Constituição). É claro que não se está assentindo com a contratação de um artista sem a menor expressão! Existem artistas amadores que fazem sucesso perante comunidades populares e que poderiam ser sim contratados para uma festa meramente local. Haverá a imperiosidade na contratação de artistas amadores se ficarem comprovados também os três requisitos suscitados, enfocando a relação entre a causa, o motivo e o fim público do contrato de acordo com os princípios do Direito, mormente a razoabilidade, a proporcionalidade e a economicidade.

Como terceiro requisito, a lei estabeleceu que a contratação deverá ser feita diretamente do artista ou de seu empresário, desde que este seja exclusivo. Aqui são indispensáveis alguns comentários entre o texto legal, a realidade do mercado e o entendimento do Tribunal de Contas da União. O enunciado preceitua, se não for direto com o artista, que deverá ser ajustado com o empresário detentor de exclusividade “geral”. Atualmente, inúmeros artistas, principalmente os mais glorificados e populares, trabalham com um empresário exclusivo (assumindo na maioria das vezes mais o papel de procurador) que negocia data com outros empresários. Em outras palavras, o empresário-procurador do artista negocia e cede contratualmente o dia 28 de novembro para o empresário João, o dia 30 de novembro para José e assim por diante. Esta é uma realidade de mercado que não pode ser desconsiderada.

As interpretações jurídicas, ainda mais quando examinam e aplicam consequências jurídicas restritivas e punitivas, não poderão fugir do mundo real para recair num mundo imaginário. Não se está defendendo a curvatura da

legalidade para casuísmos ou para burlar a lei, mas sim a interpretação finalística e sistemática de acordo com a realidade de mercado. A correlação entre a interpretação jurídica e a relação social sempre deve existir. Sobre o tema, Pablo Jiménez Serrano esclarece que “(...) a interpretação jurídica está condicionada à norma, que, por sua vez, é o resultado da realidade social. Por isso mesmo, e de forma indireta, ao pesquisar o direito, e ao interpretar as normas jurídicas, estaremos conhecendo e avaliando o nível de desenvolvimento da realidade social. Verifica-se, portanto, que o direito como fenômeno social é o objeto mediato da interpretação jurídica.”^[24]

Portanto, no meu ponto de vista, a prescrição normativa deste terceiro requisito deverá ser obtemperada conforme o caso concreto e não se pode anuir com a declaração de ilegalidade de plano pela contratação de artistas com empresários não exclusivos genericamente, ou seja, deverá ser permitida a contratação com empresários exclusivos de datas e locais. Por amor ao debate, alguém poderá discordar deste prisma de análise em virtude da economicidade, pois seria mais barato se houvesse a contratação direta com o empresário-procurador, todavia o mesmo raciocínio seria aplicável às agências de passagens, dentre outros casos quotidianamente efetuados.

Apesar deste raciocínio crítico, o Tribunal de Contas da União tem posicionamento contrário à contratação de empresários não exclusivos de artistas:

Para a contratação direta de profissional do setor artístico (art. 25, inc. III, da Lei 8.666/93) por meio de intermediário, exige-se a comprovação da existência de contrato de exclusividade entre a empresa ou o empresário contratado e o artista, não sendo suficiente documento que confere exclusividade apenas para o dia da apresentação e restrita à localidade do evento.

Tomada de Contas Especial instaurada pelo Ministério do Turismo apurara irregularidades na prestação de contas de convênio que tinha por objeto a

[24] SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. p. 84.

contratação de shows artísticos para o I Festival Cultural Arraiá de Uru/SP. Entre as irregularidades apontadas, destacara-se a “ausência de cópias dos contratos de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, tendo em vista que foi utilizada a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93”. Ao analisar o ponto, o relator registrou que, “conforme a Lei de Licitações, a contratação direta de profissional do setor artístico só é admissível se houvesse, no caso concreto, comprovação da exclusividade entre a [empresa] e as atrações musicais. O responsável trouxe aos autos atestado no qual o representante legal da [banda] conferia à mencionada sociedade empresária a exclusividade apenas para o dia do evento (13/6/2008) e para o município de Uru/SP”. Explicou o relator que “essa autorização, exclusiva para o dia e para a localidade do evento, não tem sido aceita por esta Corte de Contas, a exemplo do contido nos Acórdãos 96/2008-Plenário – anterior ao convênio em análise – e 5.769/2015-Primeira Câmara. Do contrário, haveria um desvirtuamento do propósito previsto no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993”. Por fim, destacou que o Acórdão 96/2008-Plenário, dirigido ao Ministério do Turismo, “foi expresso ao ressaltar que ‘o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento’”. Consignou o relator que essa e outras irregularidades seriam incorporadas na fixação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. O Tribunal, alinhado ao voto do relator, decidiu julgar irregulares as contas do responsável e condená-lo ao pagamento do débito apurado, aplicando-lhe ainda a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. (Informativo de Licitações e Contratos nº 270 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 7.770/15 – Primeira Câmara, TC 026.277/2014-0, relator Ministro Benjamin Zymler, 01.12.2015).

Para refletir, seguindo a linha do Tribunal de Contas da União, na prática o empresário-procurador será contratado formalmente, mas todos os tratos com a Administração para a execução contratual dar-se-ão com o empresário da data. Será uma mera formalidade a contratação “no papel” do empresário-procurador. Por conseguinte, não se pode mudar a realidade de mercado, que inclusive assim age internacionalmente a partir de decisões dos Tribunais;

da mesma forma, não se deve admitir que graves consequências jurídicas (penalidades a agentes públicos e privados) sejam imputadas a pessoas que não podem agir de maneira diversa (inexigibilidade de conduta diversa).^[25]

Em que pese o posicionamento deste autor, o Relator Ministro Benjamim Zymler na relatoria do Acórdão 7.770/15 agiu em plena sintonia com a tese defendida pelo Tribunal de Contas da União em outras situações pretéritas, conforme exemplo abaixo transcrito:

Na contratação direta de artistas consagrados, com base no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/93, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. O contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os

[25] Um importante julgado do Tribunal de Contas da União, em 2014, afastou a imputação de responsabilidade aos gestores que contrataram empresário não exclusivo em geral, mas sim exclusivo de data, já que não houve prejuízo ao erário:

Na contratação de artista consagrado, inexistindo indícios de dano ao erário e comprovado que o objeto conveniado foi executado com os recursos do ajuste, não há que se falar na glosa dos valores federais repassados, ainda que a contratação tenha sido realizada mediante irregular utilização do instituto da inexigibilidade de licitação, por ausência de apresentação do contrato de exclusividade do artista com o empresário contratado pela Administração.

(...) Assinalou que, de fato, nos termos da jurisprudência do TCU, a ausência de apresentação do contrato de exclusividade com os artistas – que difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento – torna irregular a contratação por inexigibilidade de licitação. Assim, embora justificado o julgamento pela irregularidade das contas, a ausência do contrato de exclusividade, por si só, na dicção do relator, “*não é suficiente para caracterizar a ocorrência de débito*”. Em tais circunstâncias, concluiu que, “*estando comprovados tanto a execução do objeto quanto o nexo causal entre as despesas realizadas e os recursos repassados por força do convênio, a determinação para a devolução dos recursos seria indevida, pois caracterizaria o enriquecimento sem causa da União*”. Nesse sentido, o colegiado, ao acolher a proposta do relator, julgou irregulares as contas da responsável, sem imputação de débito, entretanto sancionando-a com a multa capitulada no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 217 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 5.662/14 – Primeira Câmara, TC 002.281/2011-2, Rel. Min. Bruno Dantas, 30.09.2014).

dias correspondentes à apresentação dos artistas e é restrita à localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade.

(...) Em juízo de mérito, o relator registrou que, de fato, *“as cartas de exclusividade apresentadas, com especificação de dias e local dos shows, não cumprem a orientação deste Tribunal, expedida diretamente ao Ministério do Turismo, por meio do Acórdão nº 96/2008 – Plenário, no sentido de que ‘o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento’*. Ainda sobre o tema, o relator destacou o Acórdão 3826/2013 – 1ª Câmara, que determinara, também ao Ministério do Turismo, a instauração de Tomada de Contas Especial quando no exame da prestação de contas de convênio fosse constatada especialmente a seguinte irregularidade: *“contratação de bandas de música, por meio de inexigibilidade de licitação, sob o fundamento da exclusividade de representação, com base na apresentação de ‘cartas’ e de ‘declarações’ que supostamente atestariam a dita exclusividade, mas na verdade não se prestam para tanto, o que só pode ser feito por meio de contrato firmado entre artistas e empresários, devendo ainda constar registro em cartório, além de regular publicação”*. No caso concreto, considerando que a prestação de contas do convênio em questão ainda não teria sido apresentada, o relator propôs expedir determinação ao (omissis) para que *“adote as providências expressamente previstas na cláusula (...) do Convênio nº (...), com vistas à apresentação e análise da prestação de contas referente ao mencionado ajuste, levando em consideração as irregularidades ora levantadas e as orientações expedidas por meio dos Acórdãos nºs 96/2008 – Plenário e 3.826/2013 – 1ª Câmara”*. O Tribunal julgou procedente a Representação, expedindo a determinação proposta pela relatoria.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 186 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 642/14 – Primeira Câmara, TC 016.329/2012-0, Rel. Min. Valmir Campelo, 18.02.2014).

Por derradeiro, impende ressaltar que toda contratação direta deverá respeitar o contido no art. 26 da Lei de Licitações, em especial a justificativa da escolha do fornecedor e o porquê do preço praticado.

X

CRENCIAMENTO NA ÁREA DA SAÚDE: hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação

Em 2016, o Tribunal de Contas da União decidiu acerca do credenciamento na área da saúde da seguinte maneira:

“Determinação ao Ministério da Saúde para que oriente todos os entes federativos a observarem as seguintes diretrizes na celebração de ajustes com entidades privadas visando à prestação de serviços de saúde: a) a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde; **b) o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal;** c) devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços presta-

dos à população; **d) os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados - demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos - e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;** e) não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com OSCIP ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos (Tribunal de Contas da União, itens 9.1.1 a 9.1.4, TC-017.783/2014-3, Acórdão 352/16 – Plenário).

Da leitura do excerto acima transcrito, denota-se que o Tribunal de Contas da União definiu diretrizes a serem observadas pela Administração Pública na contratação de serviços de saúde, determinando ao Ministério da Saúde que oriente todos os entes federativos sobre tais ponderações.

Destaca-se, dentre essas diretrizes, a possibilidade da utilização do uso do instituto do credenciamento por ser “o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados.”

Por conseguinte, o TCU orientou que o ajuste com a iniciativa privada para a prestação de serviços de saúde mediante credenciamento deve ser precedido “de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público”, bem como destacou a necessidade de se realizarem “estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado”. Quanto ao pagamento, destacou que tais processos “devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados”.

O credenciamento é entendido como um procedimento formal de inexigibilidade de licitação, que, segundo preleciona Joel de Menezes Niebhur, trata-se de:

Espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e remuneração prefixadas pela própria Administração Pública. Todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos^[26].

O fundamento legal do instituto configura-se no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93 cuja norma correlata prevê a possibilidade, em casos em que a competição se afigura inviável, de contratação direta sem prévia licitação.

O seu escopo é justamente possibilitar à Administração a obtenção do maior número possível de contratados, nas situações em que tal condição seja imprescindível à perfeita consecução do interesse público tutelado pela Administração. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o credenciamento é uma ferramenta que confere maior eficiência e economicidade nos processos de compras públicas.^[27]

Neste sentido, o credenciamento tem por finalidade atender duas situações ou solucionar dois problemas: a) quando o interesse público enseja o oferecimento do objeto pretendido pela Administração a uma pluralidade de prestadores; b) quando a pluralidade de prestadores impõe a necessidade de tratamento isonômico em razão da limitação quantitativa do objeto.

[26] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 212.

[27] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Credenciamento. In: *Revista O Pregoeiro*. Curitiba, v. 96, ano VIII, nov/2012, p. 40-41.

Discordando do enquadramento como inexigibilidade, Carlos Pinto Coelho Motta perfaz o entendimento de que o credenciamento “seria uma hipótese híbrida – mais exatamente, um instrumento auxiliar da licitação – pois não se traduz na inexigibilidade propriamente dita, regida sob seu aspecto procedimental pelo artigo 26 da LNL”. O saudoso jurista ainda complementa que “desenvolve-se de forma similar à licitação, mediante instauração do processo em atendimento às formalidades inerentes à fase interna (PB e outras providências), além da fixação de regras procedimentais que, a nosso ver, podem figurar em edital ou em regulamento, de que constem os pressupostos limítrofes à habilitação ao credenciamento, com observância dos princípios que informam a atividade licitatório comum.”^[28]

Trespassadas estas informações acerca da natureza jurídica do credenciamento, pode-se concluir preliminarmente que:

- a) o credenciamento fundamenta-se no art. 25, *caput*, que prevê a inviabilidade de competição decorrente da possibilidade de contratação de todos;
- b) o sistema de credenciamento é o procedimento administrativo pelo qual a Administração convoca interessados para, segundo condições previamente definidas e divulgadas, credenciarem-se como prestadores de serviços ou beneficiários de um negócio futuro a ser ofertado, quando a pluralidade de serviços prestados for condição indispensável à adequada satisfação do interesse público ou, ainda, quando a quantidade de potenciais interessados for superior à do objeto a ser ofertado e por razões de interesse público, a licitação não for recomendada;

Ademais, em acórdãos que se repetem no Plenário, o Tribunal de Contas da União vislumbra o enquadramento da figura do credenciamento aos prin-

[28] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 365.

cípios norteadores das contratações públicas, como ilustrativa decisão proferida ainda no ano de 1995^[29].

- [29] **Legalidade** – a conveniência social no caso da assistência médica é latente, uma vez que com o credenciamento todos serão amplamente beneficiados e a legalidade encontra respaldo no art. 25 da Lei nº 8.666/93; **Impessoalidade** – o credenciamento obedece este princípio, pois a finalidade da Administração é prestar a melhor assistência médica, com o menor custo possível e dentro dos limites orçamentários; é o que se pretende fazer, atingindo todas as entidades prestadoras de serviço que se enquadrarem nos requisitos estabelecidos; **Igualdade** – no credenciamento o princípio da igualdade estará muito mais patente do que na licitação formal. Poderá ser credenciada da pequena clínica, ou um consultório de apenas um médico, ao hospital de grande porte, com direito de participação de todos, sendo a sua utilização em pequena ou grande escala vinculada à qualidade e à confiança dos beneficiários que, conforme a aceitação destes, permanecerão ou serão descredenciados; **Publicidade** – antes de se concretizar o credenciamento, deverá ser dada ampla divulgação, com aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação, podendo, inclusive, a Administração enviar correspondência aos possíveis prestadores de serviço; **Probidade Administrativa** – o credenciamento, da maneira que será executado, obedece rigorosamente aos postulados do princípio da probidade administrativa, uma vez que, embora tal procedimento não esteja expressamente previsto na Lei de Licitação, nenhum comprometimento ético ou moral poderá ser apontado, já que foram observados os demais princípios elencados para o certame; **Vinculação ao Instrumento Convocatório** – é um princípio bastante fácil de ser seguido no esquema do credenciamento, pois os parâmetros serão definidos em ato da Administração, que, mediante divulgação para conhecimento dos interessados, permitirá que sejam selecionados apenas aqueles que concordarem e se adequarem a seus termos; **Julgamento Objetivo** – no credenciamento, o princípio do julgamento objetivo será muito mais democrático do que no da licitação formal, pois, nesta, o julgamento é de uma Comissão, que escolherá um número reduzido de prestadores de serviço, que depois terão que ser aceitos pelos usuários. No caso do credenciamento, as entidades prestarão serviços aos beneficiários da assistência médica, de acordo com a escolha de cada participante, em razão do grande número de opções, portanto não basta ser credenciado para prestar serviço, tem que contar com a confiança da clientela. Naquela oportunidade, foram também definidos os requisitos que devem ser observados quando do credenciamento de empresas e profissionais do ramo, tais como: 1 - dar ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação local, podendo também a Administração utilizar-se, suplementarmente e a qualquer tempo, com vistas a ampliar o universo dos credenciados, de convites a interessados do ramo que gozem de boa reputação profissional; 2 - fixar os critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se, de modo que os profissionais, clínicas e laboratórios que vierem a ser credenciados tenham, de fato, condições de prestar um bom atendimento, sem que isso signifique restrição indevida ao credenciamento; 3 - fixar, de forma criteriosa, a tabela

Na mesma linha já se manifestou o Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE-PR, ressaltando inclusive a hipótese de utilização de credenciamento para prestação de serviços de saúde, *verbis*:

Em se tratando da execução de serviços de saúde, aí compreendidos a prestação dos serviços médico-assistenciais, médico-hospitalares e laboratoriais, entre outros, nada impede que a Administração Pública lance mão do sistema de credenciamento, que visa atrelar-se ao interesse do Poder Público em colocar a disposição da comunidade toda a rede de serviços de profissionais da área da saúde, como também de pessoas jurídicas que prestam serviços assistenciais, hospitalares ou laboratoriais.^[30]

Destacou, o TCE-PR, que “para que ocorra o credenciamento a Administração deve elaborar um documento que regulamente quais as atividades a serem prestadas pelo credenciado, quais as condições para o credenciamento,

de preços que remunerará os diversos itens de serviços médicos e laboratoriais e os critérios de reajustamento, bem assim as condições e prazos para o pagamento dos serviços faturados; 4 - consignar vedação expressa do pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada, ou do cometimento a terceiros (associação de servidores, p. ex.) da atribuição de proceder ao credenciamento e/ou intermediação do pagamento dos serviços prestados; 5 - estabelecer as hipóteses de descredenciamento, de forma que os credenciados que não estejam cumprindo as regras e condições fixadas para o atendimento, sejam imediatamente excluídos do rol de credenciados; 6 - permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas; 7 - prever a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo; 8 - possibilitar que os usuários denunciem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços e/ou no faturamento; e 9 - fixar as regras que devam ser observadas pelos credenciados no atendimento (como p. ex. proibição de que o credenciado exija que o usuário assine fatura ou guia de atendimento em branco). (Decisão 656/95 – Plenário)

[30] Acórdão 789/09 – Tribunal Pleno TCE-PR: EMENTA: CONSULTA. CREDENCIAMENTO. CONTRATAÇÃO DIRETA. COMPETIÇÃO INVIÁVEL. INEXIGIBILIDADE. INDEPENDENTE DA ORIGEM DO RECURSO. LEGALIDADE.

qual o regime de execução do contrato e quanto ela se compromete a pagar a título de contraprestação.”^[31]

Conquanto não haja previsão explícita na legislação nacional, vislumbra-se a aceitação do credenciamento pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no *caput* do art. 25 da Lei de Licitações. Em legislações especiais já existem diversos entes regulamentando tal instituto, como acontece no Estado do Paraná pela Lei Estadual 15.608/07:

Art. 24. Credenciamento é ato administrativo de chamamento público, processado por edital, destinado à contratação de serviços junto àqueles que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração, observado o prazo de publicidade de no mínimo 15 (quinze) dias úteis e no máximo de 30 (trinta) dias úteis.

Parágrafo único. A Administração Estadual poderá adotar o credenciamento para situações em que o mesmo objeto possa ser realizado simultaneamente por diversos contratados.

Art. 25. O processo de credenciamento deve ser autorizado pela autoridade competente, ser processado mediante a elaboração de edital pelo órgão público interessado e atender aos seguintes requisitos:

- I.** explicitação do objeto a ser contratado;
- II.** fixação de critérios e exigências mínimas à participação dos interessados;
- III.** possibilidade de credenciamento a qualquer tempo pelo interessado, pessoa física ou jurídica;
- IV.** manutenção de tabela de preços dos diversos serviços a serem prestados, dos critérios de reajustamento e das condições e prazos para o pagamento dos serviços;
- V.** rotatividade entre todos os credenciados, sempre excluída a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado;
- VI.** vedação expressa de pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada;

[31] Idem

VII. estabelecimento das hipóteses de descredenciamento, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII. possibilidade de rescisão do ajuste, pelo credenciado, a qualquer tempo, mediante notificação à Administração com a antecedência fixada no termo;

IX. previsão de os usuários denunciarem irregularidade na prestação dos serviços e/ou no faturamento.

§ 1º. A convocação dos interessados deverá ser feita mediante publicação na forma do §1º do art.26.

§ 2º. O pagamento dos credenciados será realizado de acordo com a demanda, tendo por base o valor pré-definido pela Administração, a qual pode utilizar-se de tabelas de referência.

Assim sendo, vislumbra-se a possibilidade de credenciamento como medida de contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação, desde que a Administração Pública demonstre de forma inequívoca que o atendimento de suas necessidades se dará apenas nessa hipótese, observados sempre os princípios que regem a contratação pública, bem como a igualdade de condições entre todos os interessados que se afigurem hábeis para os fins pretendidos pela contratação.

XI

JUSTIFICATIVA DE PREÇO E DO FORNECEDOR NA CONTRATAÇÃO DIRETA

A contratação direta é uma exceção ao dever de licitar que está prevista na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal ao prescrever “ressalvados os casos especificados na legislação”.

O fato de representar uma exceção à regra não autoriza arbitrariedades pelo agente público, já que este deverá instaurar e materializar um processo administrativo para amparar a contratação direta. Nesta diretriz, o agente público deverá evidenciar quais foram as razões da escolha do fornecedor e o porquê do preço contratado.

Tanto é assim que o parágrafo único do artigo 26 estabelece:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I.* caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II.* razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III.* justificativa do preço.
- IV.* documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei 9.648, de 1998)

Quando se fala da justificativa do preço do fornecedor contratado por dispensa de licitação, ela é perfectibilizada a partir da comparação com as pro-

postas de outros fornecedores que são colhidas pelos agentes públicos. Desse modo, após a colação no processo administrativo das propostas recebidas, a Administração Pública pautada pela economicidade e promoção do desenvolvimento nacional sustentável deverá escolher a proposta mais vantajosa.

Doutro lado, caso a contratação seja decorrente de uma inexigibilidade, o motivo do preço contratado poderá não ser efetivado por meio de outras propostas, isto porque, dependendo do caso, pode ser inviável. Imagine uma situação que somente um fornecedor por deter exclusividade poderá formular uma proposta para satisfazer a necessidade pública. Neste caso, a Administração Pública deverá analisar a vantajosidade e a economicidade do preço contratado por intermédio de outros contratos celebrados por tal fornecedor, isto é, deverá solicitar e pesquisar se o valor cobrado está de acordo com o montante exigido pelo mesmo em outros contratos similares (conforme as condições de execução e obrigações).

Um pouco diferente acontece nos casos de inexigibilidade para contratação de artistas devidamente consagrados nos termos do inc. III do art. 25 da Lei de Licitações, isto porque, nestes casos além de verificar os preços de outros contratos celebrados por tal artista, a Administração Pública também deverá observar e cotejar o preço deste artista com o que é cobrado por outros do mesmo ramo e similares (exame segundo a envergadura e estilo musical).

Sobre o assunto, junta-se a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União para externar a posição da Corte no exercício do controle externo:

A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima;

(ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.565/15 – Plenário, TC 031.478/2011-5, relator Ministro Vital do Rêgo, 24.06.2015).

Portanto, ainda que se trate de contratação direta, realizada por meio de dispensa ou inexigibilidade, ou seja, de uma exceção à regra do dever de Licitar, o agente público deve observar os preceitos legais e justificar o ato por meio de processo administrativo de forma a tornar explícita a motivação da escolha do fornecedor, bem como o atendimento aos princípios administrativos.

XII

DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO: Discrecionariade Administrativa de acordo com o Rol Taxativo

A Constituição Federal em seu art. 37, XXI, prescreve que “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**”.

Por sua vez, a Lei de Licitações em seus artigos 27 a 31, por sua vez, estipulou que na etapa da habilitação a Administração Pública poderá requerer documentos relacionados à habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e cumprimento do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Interpretando a Constituição Federal e as normas previstas na Lei 8.666/93, infere-se que a Administração Pública somente pode exigir para fins de habilitação os documentos preconizados na Lei de Licitações, mais precisamente aqueles elencados ou que possuam fundamento em algum dispositivo inserido nos arts. 28 a 31. Tanto é assim que o próprio art. 27 da Lei de Licitações preceitua que “para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal

e trabalhista; e V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Posto isso, o rol dos documentos de habilitação é exaustivo e taxativo, não podendo a Administração Pública inserir qualquer documento que não encontre guarida nos aludidos dispositivos legais.

Sobre este assunto, os Tribunais de Contas possuem entendimento bastante solidificado. Para espantar qualquer dúvida sobre o tema, valioso colacionar alguns julgados do Tribunal de Contas da União:

“(…) determinação à comissão permanente de licitação de uma prefeitura municipal para que, quando do prosseguimento de uma tomada de preços, realize ajustes no edital do certame relativamente aos requisitos de habilitação, abstendo-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993, a exemplo de exigência de comprovação da qualificação técnica mediante apresentação de nota fiscal de prestação de serviços, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da mesma Lei; devendo, conseqüentemente, reabrir os prazos do certame.”

(Tribunal de Contas da União, alínea “c”, TC-035.132/2012-4, Acórdão 2.798/12 – Plenário).

“Determinação ao (omissis) para que: a) abstenha-se de exigir documentos não previstos na Lei nº 8.666/1993 para a qualificação técnica nos procedimentos licitatórios, a exemplo do certificado do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade no Habitat (PBQP-H); b) nas licitações que objetivam a implementação de obras, promova o devido registro dos responsáveis pelo Projeto Básico no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), com a emissão das respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica (ART’s), conforme exigência da Lei nº 6.496/1977”.

(Tribunal de Contas da União, itens 9.1.4 e 9.1.6, TC-018.222/2009-2, Acórdão 2.173/11 – Plenário).

Rol taxativo quanto à documentação exigível para fim de qualificação técnica dos licitantes

(...). A licitação teve por objeto a contratação de serviços especializados em tecnologia da informação, na área de operação de infraestrutura, central de serviços, suporte a estações de trabalho, suporte a instalações físicas e instalação e movimentação de equipamentos e pontos lógicos e elétricos. Em suma, o questionamento da representante referiu-se à exigência “para fins de habilitação das licitantes, de previsão de parcerias a serem firmadas com fabricantes das plataformas utilizadas no ambiente de TI do (omissis)”. A respeito disso, expôs que o edital justificou a fixação do quesito “em razão de os termos de parceria possuírem relação direta com a qualificação técnica dos profissionais da licitante e possibilitarem o acesso ao serviço de suporte diretamente com o fabricante”. Todavia, para a representante, com base na jurisprudência do TCU, haveria “excesso em exigir parcerias no nível máximo com fabricantes, uma vez que níveis intermediários são mais comuns ao mercado; que não há relação direta entre as parcerias e a qualidade da prestação dos serviços; que a qualidade da prestação dos serviços relaciona-se com a experiência no parque tecnológico de profissionais qualificados, exigência já apresentada no Edital; e, por fim, que o suporte técnico oferecido pelos fabricantes não pode ser utilizado pelos clientes dos parceiros”. Destacou a representante, ainda, que o (omissis) alegou que “as exigências de parcerias não são necessárias para a habilitação no certame, mas sim para a contratação, e que a solicitação de parcerias para contratações de serviços de TI, com o objetivo de garantir a qualidade dos serviços e sustentabilidade da contratação, é utilizada por diversos órgãos”. (...). Ainda para a unidade técnica, no que se refere à qualificação técnica, a exigência de parceria em nível máximo, com os fabricantes das plataformas de TI utilizadas pelo (omissis), não se insere no rol taxativo constante da Lei 8.666/1993. Além disso, “a justificativa apresentada pelo (omissis) para as parcerias não demonstra o nível de detalhamento técnico que o tema requer. É necessária a descrição das circunstâncias técnicas que demandaram a exigência de nível máximo de parceria, de modo a proporcionar transparência quanto à motivação do requisito e promover o conhecimento das razões que ensejaram a previsão, principalmente por ser critério de eliminação”. O Plenário referendou a cautelar deferida pelo

relator. Precedentes citados: Acórdãos nºs 247/2003, 865/2005, 126/2007, 1.213/2009, todos do Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 35 do Tribunal de Contas da União, Decisão monocrática no TC-020.495/2010-2, Rel. Min. Subst. André Luís de Carvalho, 22.09.2010).

O raciocínio para impedir a solicitação de documentos extras àqueles tracejados pela Lei de Licitações está na própria segurança da sociedade e dos licitantes quanto à atuação administrativa, bem como no princípio da legalidade e sua concepção para o Direito Público. Até porque, do contrário, os licitantes poderiam ser surpreendidos com arbitrariedades a partir de solicitações abusivas nos editais de licitação.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a título ilustrativo, já sumulou a impossibilidade de exigência de documentos alheios aos enumerados nos arts. 27 a 31, bem como se posicionou de maneira rigorosa quanto à não imposição de certificações:

Súmula nº 17 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

Em sentido similar, o Tribunal de Contas da União também possui a Súmula n. 271 que merece ser lembrada para o caso em tela:

Súmula nº 272 do Tribunal de Contas da União – No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Entretanto, não se pode confundir o rol taxativo com a necessidade de sempre serem solicitados todos os documentos arrolados em tais citados artigos da Lei de Licitações. Recordando do inc. XXI do art. 37 da Constituição,

o edital somente deverá solicitar os documentos de qualificação técnica e econômico-financeira indispensáveis à execução do contrato.

O art. 32, § 1º, da Lei 8.666/93^[32] prescreve que haverá a possibilidade de ocorrer a dispensa parcial ou total dos documentos arrolados nos arts. 28 a 31 quando for convite, concurso, fornecimento de bens de pronta entrega e leilão. Conquanto o texto legal preveja a viabilidade de dispensa **total** de documentos de habilitação nas situações anteriormente mencionadas, insta destacar que jamais haverá alguma situação de dispensa total dos documentos de habilitação. **Um**, como poderia a Administração Pública contratar com alguém que sequer sabe se existe juridicamente (ato constitutivo da pessoa física ou da pessoa jurídica). **Dois**, há alguns impedimentos de ordem constitucional e legal como é o caso, respectivamente, da regularidade das pessoas jurídicas perante a Seguridade Social (art. 195, § 3º, da Constituição)^[33] e perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 2º da Lei 9.012/95^[34] e art. 27 da Lei 8.036/90^[35]).

[32] **Art. 32.** Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)

§ 1º. A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

[33] **Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 3º. A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

[34] **Art. 2º.** As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.

[35] **Art. 27.** A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas seguintes situações:

Dessa feita, pela dicção legal, os documentos de habilitação poderão ser dispensados parcialmente nas situações estabelecidas no parágrafo primeiro do art. 32. Em que pese a lei dispor tão somente a dispensa para alguns casos delimitados, não se vislumbra qualquer óbice para a Administração Pública na situação concreta prescindir (dispensar) alguns documentos dos arts. 27 a 31 no ato convocatório quando entender pela inexistência de justificativa para a solicitação. Este juízo de pertinência, oportunidade e conveniência deverá sempre ser efetuado em plena conformidade com os princípios do regime jurídico administrativo, em especial da competitividade, finalidade pública, razoabilidade e proporcionalidade.

Sobre o assunto, para finalizar transcreve-se a ementa de um aresto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e trecho das razões expendidas pelo Julgador:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. PREGÃO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EXIGIDA. NÃO OCORRÊNCIA. Inexiste qualquer ilegalidade quanto à qualificação técnica exigida, haja vista que a administração pode fazer exigências até o limite previsto no art. 30 da Lei 8.666/93, e, achando conveniente, pode exigir menos, de acordo com a natureza, o valor e a complexidade do objeto e de sua execução.
(...)

a) habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município;

b) obtenção, por parte da União, Estados e Municípios, ou por órgãos da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta, ou fundacional, ou indiretamente pela União, Estados ou Municípios, de empréstimos ou financiamentos junto a quaisquer entidades financeiras oficiais; (Vide Medida Provisória 526, de 2011) (Vide Lei 12.453, de 2011)

c) obtenção de favores creditícios, isenções, subsídios, auxílios, outorga ou concessão de serviços ou quaisquer outros benefícios concedidos por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, salvo quando destinados a saldar débitos para com o FGTS;

Nesse particular, tampouco entendo assistir razão à impetrante. Como lido supra, o art. 30 da Lei n. 8.666/93 trata restritamente de impor à Administração a proibição da adoção de exigências exorbitantes do mínimo possível em atenção ao objeto licitado, em momento algum estipulando sua vinculação à veiculação de critério mínimo concebido por lei. Em outros termos, fixa um teto de exigências, com vistas apenas a evitar que indevidamente sejam alijados da disputa interessados prejudicados por obrigações excessivas e desnecessárias, silenciando quanto a um suposto piso das mesmas, sujeito tão-somente ao concebido discricionariamente pela Administração como indispensáveis no caso concreto ao cumprimento do objeto contratado. A respeito desse poder discricionário, trata Justen Filho (ob. cit., p. 405):

Como decorrência, a determinação dos requisitos de qualificação técnica far-se-á caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades das necessidades que o Estado deve realizar. Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 5019407-03.2011.404.7200, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 04.09.2015)

XIII

EXIGÊNCIA DE VISTO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE NA FASE DE HABILITAÇÃO

Costumeiramente se verifica em diversas licitações públicas, de norte a sul e de leste a oeste do Brasil, a inserção de cláusula editalícia requerendo o visto do CREA do local da obra já no momento da fase de habilitação, bem como o visto de outros Conselhos Profissionais no local da prestação dos serviços licitados.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente em voto relatado pela Ministra Eliana Calmon já julgou no seguinte sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO
– RECURSO ESPECIAL – PRELIMINAR DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA AFASTADA – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO
– FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (MERENDA)
– INABILITAÇÃO – FALTA DE COMPROVAÇÃO DE REGISTRO PERANTE CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO DO LOCAL DA LICITAÇÃO – DESNECESSIDADE – CLÁUSULA EDITALÍCIA OFENSIVA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE.

1. Não se opera a preclusão consumativa se o recorrente desiste do primeiro recurso, interposto na pendência do julgamento de embargos de declaração, e apresenta novo apelo depois de ultimado o julgamento dos aclaratórios.

2. Conforme o disposto no § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, “*é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter*

competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

3. A exigência da confirmação de registro no Conselho Regional de Nutrição do local da licitação, além daquele já expedido pelo CRN da sede do licitante, restringe o caráter competitivo do certame e estabelece preferências ou distinções em razão da sede ou domicílio dos interessados. Ademais, eventual exigência dessa natureza somente seria devida por ocasião da contratação, e não da qualificação técnica do licitante.

4. Recurso especial provido. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.781 – ES, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julg. 01/06/2010, DJe 17/06/2010)

O caso em comento tratava-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretária da Administração e Recursos Humanos do Município de Serra/ES, o qual inabilitou a Impetrante, ora Recorrente ao Superior Tribunal de Justiça, em licitação que tinha como objeto o fornecimento de alimentação escolar (merenda).

A fundamentação substancial, segundo a Relatora do Recurso Especial 1.155.781/ES, para a impetração do *writ* cingiu-se ao inconformismo da Impetrante no que se refere às exigências prescritas no ato convocatório, mais precisamente em razão da exigência de apresentação de registro ou inscrição da empresa e de seus responsáveis técnicos no Conselho Regional de Nutrição do Espírito Santo, com a ressalva de que as certidões emitidas em outros Estados deveriam conter visto no CRNES, como documento de qualificação técnica.

Entretanto, como se sabe, para fins de qualificação técnica, o art. 30 da Lei 8.666/93 preceitua como passível de serem exigidos os seguintes documentos:

“**Art. 30.** A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
I. registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II. comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III. comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV. prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.”

Vale ainda lembrar que a qualificação técnica, segundo Marçal Justen Filho, “consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado.”^[36]

Feita esta diretriz inicial sobre o caso em tela, verifica-se que o objeto da controvérsia restringe-se ao inc. I do art. 30 e sua interpretação.

Aliando a situação posta em Juízo, ora colacionada, e as normas jurídicas (regras e princípios) que norteiam as licitações públicas, infere-se claramente que, não obstante a transcrição editalícia pelo Município de SerraES neste caso, não pode a Administração Pública exigir dos licitantes na fase de habilitação o competente visto do Conselho Regional ou Entidade Profissional do local da execução do objeto.

Até porque, uma exigência deste naipe afronta o princípio da competitividade a partir do fato de estipular uma condição restritiva e frustrante ao

[36] JUSTEN FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 322.

caráter competitivo, o que per si é refutado expressamente no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93^[37].

Sobre o tema, valiosa a lição de Jessé Torres Pereira Júnior, o qual inclusive foi citado pela Ministra Eliana Calmon em seu voto:

“Entre as exigências de qualificação técnica vindas da legislação anterior, a do inciso I (registro na entidade profissional competente) tem suscitado dificuldades quando o edital excede-se em demandar dos licitantes, com sede em Estado diverso daquele em que se realiza o certame e se executará o objeto, prova do registro em mais de uma delegacia regional da entidade (o da sede do licitante e o do local da licitação). Reprovável a exigência da duplicidade de registro.”^[38]

Ademais, ao julgar um caso sobre a exigência de visto do CREA do local da obra, o Tribunal de Contas da União possui o mesmo entendimento:

“14. Tem razão a autora ao considerar que é aplicável apenas ao vencedor do certame a exigência, para licitantes de outro Estado, de visto de registro profissional pelo conselho local, já que se trata de requisito essencial para desenvolvimento regular das atividades, nos termos do art. 69 da Lei 5194/1996, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo. Não seria correto aplicá-la a todos os participantes, o que representaria um ônus desnecessário e que poderia restringir a competitividade da licitação. Frise-se, entretanto, que, apesar da menção ao tema feita pela autora, tal exigência geral não constou do

[37] § 1º. É vedado aos agentes públicos:

I. admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

[38] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 395.

edital, o que afasta a existência de irregularidade também neste aspecto.”
(Acórdão 1.908/08 – Plenário, Rel. Aroldo Cedraz) ^[39]

Conforme se vislumbra, não existe amparo legal no ordenamento jurídico para que editais de licitação estipulem que os licitantes deverão comprovar, na fase de habilitação, o visto da entidade profissional competente do local do objeto licitado.

Isto não significa dizer que a Administração Pública não deverá jamais cobrar tal visto, porquanto a cobrança do aludido “visto” no momento da execução contratual é impreterível. Ou seja, no momento da formalização e execução contratual, é indispensável que o contratado averbe o competente “visto” na entidade profissional competente do local do objeto, sob pena de a Administração assentir com a execução ilegal do objeto, o que inclusive poderá acarretar-lhe responsabilização.

Acerca do visto para fins de formalização e execução contratual, Gabriela Verona Pércio já se pronunciou:

“Inequivocamente, o exercício da atividade profissional técnica que requer “visto” no registro somente ocorrerá com a formalização do contrato. Assim sendo, o referido “visto” deverá ser exigido do vencedor do certame, por ocasião da assinatura do contrato, condição esta devidamente constante do instrumento convocatório.”^[40]

Por todas estas razões acima explicitadas, conclui-se que não é possível exigir para fins de habilitação o visto do conselho profissional competente na sede da licitação.

[39] Endossando este raciocínio, vide outras diversas decisões publicadas em minha obra “Licitações e Contratos: Um guia da Jurisprudência”:

[40] PÉRCIO, Gabriela Verona. Obras e serviços de engenharia – exigência, como requisito para habilitação, do «visto» do conselho regional da jurisdição onde o objeto contratual será executado. *Informativo de Licitações e Contratos Administrativos – ILC*, Curitiba, nº 60, fev/1999, p. 76.

XIV

ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO- -PROFISSIONAL E ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL

A qualificação técnica tem a finalidade de aferir a aptidão técnica do licitante conferindo segurança à Administração Pública de que o mesmo possui pleno conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame.

Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr descreve que a “Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo.”^[41]

Dentre os documentos arrolados taxativamente pela Lei de Licitações para cobrar dos licitantes para fins de qualificação técnica, existem os atestados de capacidade técnica que estão estipulados no art. 30, II e § 1º, I, da Lei 8.666.

Os atestados de capacidade têm a finalidade de comprovar para a Administração Pública, por intermédio de um documento subscrito por terceiro alheio à disputa licitatória, de que o licitante já executou o objeto licitado em outra oportunidade e a referida execução foi a contento, o que gerará confiança e segurança à Administração licitadora de o aludido licitante possuir expertise técnica.

Marçal Justen Filho enaltece a relevância do atestado ao discorrer que “em todo o tipo de contratação pode cogitar-se da exigência de experiência

[41] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba: Zenite, 2008, p. 233

anterior do licitante como requisito de segurança para a contratação administrativa. Aliás até se pode afirmar que em muitos casos a capacitação técnica operacional se evidencia como a única manifestação de experiência anterior relevante e pertinente.^[42]

Convém destacar que a interpretação do art. 30 no que concerne aos atestados, deve ser cautelosa e primar pela finalidade precípua da exigência, qual seja: a demonstração de que os licitantes possuem condições técnicas para executar o objeto pretendido pela Administração caso venha a sagrar-se vencedor.

Portanto, a apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação. A finalidade da norma é clara: resguardar o interesse da Administração – a perfeita execução do objeto da licitação –, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado.

A própria Constituição da República assevera no inc. XXI de seu art. 37, *in fine*, que somente serão permitidas as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nesta linha de segurança à Administração Pública e apreciação da expertise do licitante, poderão ser solicitados atestados de capacidade técnico-operacional e de capacidade técnico-profissional. O técnico-operacional almeja analisar se a empresa tem experiência anterior suficiente, de acordo com os limites estatuídos no art. 30 da Lei, no objeto licitado para celebrar o contrato, caso seja a vencedora do certame; ou seja, o atestado é em nome da licitante e para a licitante. Já o técnico-profissional serve para perquirir se os profissionais (responsáveis técnicos) possuem *know how* e experiência anterior no objeto licitado.

[42] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 332.

Em outras palavras, aferir a capacidade técnico-operacional e técnico-profissional evita que uma empresa com muita experiência tenha em seu corpo profissional somente pessoas sem experiência e seja habilitada, doutro lado, no mesmo prumo, que uma empresa recém aberta seja habilitada em virtude dos profissionais altamente gabaritados e experientes no objeto licitado, porém em virtude de trabalhos pretéritos realizados em outras empresas.

Sobre o assunto, vide algumas decisões para ilustrar:

DIREITO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM LICITAÇÃO.

É lícita cláusula em edital de licitação exigindo que o licitante, além de contar, em seu acervo técnico, com um profissional que tenha conduzido serviço de engenharia similar àquele em licitação, já tenha atuado em serviço similar. Esse entendimento está em consonância com a doutrina especializada que distingue a qualidade técnica profissional da qualidade técnica operacional e com a jurisprudência do STJ, cuja Segunda Turma firmou o entendimento de que “não fere a igualdade entre os licitantes, tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93” (REsp 1.257.886-PE, julgado em 3/11/2011). Além disso, outros dispositivos do mesmo art. 30 permitem essa inferência. Dessa forma, o § 3º do art. 30 da Lei 8.666/1993 estatui que existe a possibilidade de que a comprovação de qualificação técnica se dê por meio de serviços similares, com complexidade técnica e operacional idêntica ou superior. Ainda, o § 10 do art. 30 da mesma lei frisa ser a indicação dos profissionais técnicos responsáveis pelos serviços de engenharia uma garantia da administração.

(Superior Tribunal de Justiça, Informativo STJ n. 533, RMS 39.883-MT, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17.12.2013).

Licitação de obra pública: A necessidade de comprovação de capacidade técnico-profissional será restrita, cumulativamente, a parcelas do objeto da licitação de maior relevância e de valor significativo, consoante estabelece o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93

(...). O relator, porém, endossou as conclusões da unidade técnica, no sentido de que a exigência contida no edital afronta o disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, segundo o qual a necessidade comprovação de capacidade técnico-profissional será restrita às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. Na concorrência sob exame, a exigência “abarcou a quase totalidade do objeto, tanto para itens de maior quanto para os de menor monta, como é o caso de atestado que comprovasse a execução de serviço de recuperação de erosão. Este item representa apenas 2,18% do orçamento da obra”. Ao final, apresentou proposta de anulação da Concorrência 01/2011 e do contrato dela resultante, que foi endossada pelo Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 85 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.934/11 – Plenário, TC-019.269/2011-0, Rel. Min. Valmir Campelo, 09.11.2011).

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROFISSIONAL E OPERACIONAL. DIFERENÇA. COMPROVAÇÃO DA APTIDÃO TÉCNICA DA PESSOA JURÍDICA. EXIGÊNCIA CABÍVEL. A qualificação técnica exigida para a habilitação do licitante pode se referir tanto à pessoa jurídica propriamente dita (operacional) quanto às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (profissional), desde que haja previsão expressa no edital e que seja imprescindível para a escolha do licitante, em função da importância e natureza das obras. **SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

(Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – 4ª C.Cível – AC 0484732-5 – Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba – Rel. Des. Abraham Lincoln Calixto – Unânime – J. 25.05.2009)

XV

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA: (im)possibilidade de limitar o tempo do atestado

O Tribunal de Contas da União no Acórdão 156/16 – Plenário apontou diversas impropriedades no ato convocatório de um Pregão, dentre elas, a “ausência de justificativas específicas e fundamentadas em estudos técnicos que constem do processo de licitação para exigência de comprovação de fornecimento com limitações de tempo ou de época”, conforme se verifica no trecho abaixo colacionado:

1.6. dar ciência ao *(omissis)*, com base no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, sobre as seguintes impropriedades ocorridas no Pregão 38/2015, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes, em licitações para aquisição de equipamentos de informática: **1.6.1. ausência de justificativas específicas e fundamentadas em estudos técnicos que constem do processo de licitação para exigência de comprovação de fornecimento com limitações de tempo ou de época, em violação do §5º do art. 30 da Lei 8.666/1993**; 1.6.2. ausência de tratamento diferenciado aos produtos nacionais, quando a espécie de aquisição (impressoras e outros equipamentos de informática) determinariam a aplicação de margens de preferência (nesse sentido, Decreto 8.184/2014); 1.6.3. o estabelecimento de parâmetros mínimos do que deve conter os estudos preliminares de uma licitação pode ser feito a partir do documento “Riscos e Controles nas Aquisições” (RCA), tópico “estudos preliminares”,

disponível na página deste Tribunal na internet (<http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/ManualOnLine.htm>)

(Tribunal de Contas da União, itens 1.6.1 a 1.6.3, TC-030.252/2015-6, Acórdão 156/16 – Plenário) (grifo nosso).

Para a comprovação da qualificação técnica no certame, o art. 30 da Lei 8.666/93 estabelece um rol taxativo referente à documentação que pode ser solicitada. Deve-se atentar para que as exigências editalícias, quanto a este quesito, não sejam obstinadas a prejudicar o caráter competitivo do certame. Ou seja, é imperioso requerer somente os documentos previstos em lei e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nessa linha, prevê o § 5º do art. 30 da mesma Lei que é vedada a “exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação”.

Como regra, portanto, admite-se que a Administração requeira a comprovação de aptidão técnica por meio de atestados de obras, fornecimentos ou serviços de complexidade operacional equivalentes àquela que se pretende executar, vedando-se, porém, a limitação de tempo e/ou época.

O preceito contido do § 5º do art. 30 deve ser interpretado em conformidade com a regra geral do art. 3º § 1º, I, isto é, de que qualquer circunstância impertinente ou irrelevante que restrinja ou frustre o caráter competitivo do certame não pode ser admitida.

Ressalta-se, todavia, que excepcionalmente possa ser que importe o lapso temporal em que a experiência anterior tenha sido adquirida. Tal exigência EXCEPCIONAL, entretanto, não pode ser de maneira alguma requisitada sem a devida justificativa.

Seriam casos em que a complexidade do próprio objeto licitado derive necessariamente desse critério, ou seja, casos em que a dimensão temporal seja elemento essencial para a execução do objeto licitado. Seria uma rigorosa exigência da Administração, e, sendo assim, imperiosa se faz sua justificativa:

se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnica operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.^[43]

Acerca do assunto, o Tribunal de Contas da União já decidiu sempre asseverando que é uma excepcionalidade:

A exigência de atestados com limitação de época pode ser aceita nas situações em que a tecnologia envolvida só se tornou disponível a partir do período indicado. É essencial, contudo, que as exigências dessa natureza, por seu caráter excepcional, sejam especificadas e fundamentadas em estudos técnicos que constem no processo de licitação.

(...) Demonstrada a adequação e a pertinência da exigência em relação ao objeto licitado, a relatora concluiu que não houve restrição à competitividade do certame, destacando que, no caso em exame, a empresa que ofertou o menor lance foi tecnicamente habilitada. Ponderou, contudo, que justificativas dessa natureza, por seu caráter excepcional, devem ser

[43] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 424.

especificadas e fundamentadas em estudos técnicos que constem no processo de licitação. Assim, propôs dar ciência à entidade para aprimoramento de futuros certames. O Tribunal, seguindo o voto da relatora, cientificou a entidade acerca da “ausência de justificativas específicas e fundamentadas em estudos técnicos que constem do processo de licitação para exigência de comprovação de atividades com limitações de tempo ou de época, o que caracteriza violação do §5º do art. 30 da Lei 8.666/1993”.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 198 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.205/14 – Segunda Câmara, TC 000.989/2014-2, Rel. Min. Ana Arraes, 20.05.2014).

Feitas tais considerações, conclui-se que não havendo motivos determinantes para exigir prazo para o atestado de comprovação técnica, tal critério habilitatório deve ser imediatamente afastado, sob pena de violar o caráter competitivo do processo de licitação e, conseqüentemente, o art. 3º § 1º, I, art. 30, § 5º, da Lei 8.666/93 e o art. 37, XXI da Constituição da República.

XVI

DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA RELACIONADOS À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

A Lei de Licitações prevê os documentos de habilitação em seus arts. 27 a 31. Dentro do rol taxativo previsto no estatuto licitatório, existem dispositivos legais que precisam ser interpretados como é o caso do art. 30, IV:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
(....)

IV, prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

O inc. IV do art. 30 preceitua que há a possibilidade de requerer documentos de aptidão técnica dos licitantes, desde que exista amparo normativo para tanto, quando for o caso. Neste ponto reside a possibilidade (ou o dever) ou não de requerer documentos relacionados ao desenvolvimento nacional sustentável, sob o viés ambiental. Para tanto, alvitra-se da seguinte decisão do Tribunal de Contas da União:

A exigência de regularidade ambiental como critério de qualificação técnica é legal, desde que não represente discriminação injustificada entre os licitantes, uma vez que objetiva garantir o cumprimento da obrigação contratual e é essencial para que o objeto da licitação seja executado sem o comprometimento do meio ambiente.

Pedidos de Reexame questionaram deliberação da Segunda Câmara, mediante a qual fora aplicada multa aos recorrentes em face de exigência de

documentação, como critério de qualificação técnica, que comprovasse a regularidade ambiental (licença de operação) de usina de asfalto em concorrências promovidas pelo município de Mossoró/RN, para a execução de obras de recapeamento e restauração da pavimentação asfáltica. Analisando o mérito recursal, anotou o relator não ser crível *“falar em favorecimento de determinado licitante, considerando-se que a exigência da regularidade ambiental contemplava tanto as empresas que eventualmente possuíssem usina, quanto aquelas que necessitassem de um Termo de Compromisso de fornecimento do concreto betuminoso”*. Ademais, prosseguiu, a mencionada exigência *“não feriu o caráter competitivo do certame, uma vez que teve por objetivo garantir o cumprimento da obrigação, ou seja, dar certeza à Administração de que o serviço seria executado”*. E indagou: *“de que adiantaria viabilizar a participação de outros interessados — com o infundado receio de ferir o caráter competitivo do certame — para, depois, por falta da garantia estabelecida no Termo de Compromisso, correr-se o risco de o serviço não poder ser realizado, ser realizado com atrasos, ou, mais grave ainda, ser realizado com desrespeito ao meio ambiente, cujo dever de preservá-lo, para ‘as presentes e futuras gerações’, é imposto tanto ao Poder Público, quanto à coletividade (art. 225 da Constituição Federal)?”*. Assim, registrou, *“as exigências editalícias não só não feriram o § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 (objeto de questionamento no acórdão recorrido), como, na verdade, vieram ao encontro da pretensão legal. É que a regularidade ambiental — requerida de forma indistinta de todos os licitantes — pode ser vista como uma necessidade essencial para que o objeto da licitação seja executado sem o comprometimento ambiental”*. Nesse passo, concluiu o relator que *“não houve ofensa nem à competitividade nem à igualdade de condições entre os concorrentes; tampouco pode-se, no meu sentir, apontar restrição ao caráter competitivo do certame”*. À vista do exposto, o Colegiado acolheu a proposta do relator, dando provimento aos recursos, para tornar insubsistentes as multas aplicadas aos recorrentes.

(Informativo n. 257 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 6.047/15 – Segunda Câmara, TC 037.311/2011-5, relator Ministro Raimundo Carreiro, 25.08.2015).

No referido julgado, o Relator ponderou que a exigência de licença ambiental de operação dos licitantes para executarem o futuro objeto contratual coadunava como uma condição indispensável nos termos do inc. XXI do art. 37 da Constituição.^[44] bem como também servia para o atingimento e obediência do desenvolvimento nacional sustentável (finalidade da licitação preceituada no art. 3º, *caput*).

Visualiza-se que inicialmente neste caso o Tribunal de Contas da União havia censurado tais cláusulas editalícias, contudo em sede recursal entendeu pela exclusão da dita censura e inclusive das sanções aplicadas aos responsáveis pelo certame.

É de bom alvitre, até para evitar interpretações distorcidas do julgado por uma leitura abreviada e leviana, carrear algumas informações da situação apreciada pelo Tribunal de Contas da União, conforme se denota do voto do Ministro Relator Raimundo Carreiro:

“6. Para uma melhor compreensão da matéria, é oportuno reproduzir a discutida exigência editalícia, relativa à comprovação de qualificação técnica, prevista tanto na Concorrência nº 007/2008, quanto na nº 004/2009 ; que tiveram por objeto a contratação de empresa especializada para executar obras de recapeamento e restauração da pavimentação asfáltica, com CBUQ (Concreto Betuminoso Usinado a Quente), em várias ruas e avenidas da cidade de Mossoró-RN, de idêntica redação:
“e.1) - Termo de Compromisso de fornecimento de CBUQ - Concreto Betuminoso Usinado à Quente, por usina de asfalto legalmente licencia-

[44] **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.**

da, na falta de usina própria e, indicação média do transporte do CBUQ para execução dos serviços referenciados, não podendo ultrapassar 150 km do local da obra.

e.2) - Deverá ser apresentado juntamente com o Termo de Compromisso de fornecimento do CBUQ documentos que comprovem a regularidade ambiental - Licença de Operação - da usina de asfalto a ser utilizada no serviço pertinente emitido pelo IDEMA - Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente do Rio Grande do Norte, conforme resolução do CONAMA Nº 006, de 24 de janeiro de 1986 e de Nº 237, de 19 de dezembro de 1997, inclusive no caso de usina própria.”

7. Destaco, inicialmente, que o eminente Ministro Relator, em seu Voto, descaracterizou a alegada irregularidade referente à distância média máxima de 150 km para transporte do CBUQ até o local da obra, por considerar que “os esclarecimentos apresentados pelos responsáveis (peça 44, p. 1-5) são suficientes para afastar a irregularidade apontada pela auditoria, uma vez que a limitação da distância objetivava a preservação das características ideais para a utilização do CBUQ, além do que, no presente caso, o raio de 150 km dos locais da obra alcançam todo o município de Mossoró e considerável região circunvizinha” (peça 61, p. 1).

8. Desta forma, remanesceu, como causa da aplicação das penalidades recorridas, a apontada irregularidade referente à exigência de que os licitantes apresentassem Termo de Compromisso de fornecimento de CBUQ, por usina de asfalto legalmente licenciada, na falta de usina própria, bem como documentação comprobatória da regularidade ambiental (Licença de Operação).

9. A análise conjunta das duas disposições do edital (descritas no § 6, acima) permite concluir que, sendo a usina própria ou de terceiros, o edital exigia a apresentação de documentos comprobatórios da regularidade ambiental da usina de asfalto (no caso, Licença de Operação emitida pelo IDEMA, conforme a mencionada resolução do CONAMA).

10. Fundado nessa conclusão, acredito que não se possa falar em favorecimento de determinado licitante, considerando-se que a exigência da regularidade ambiental contemplava tanto as empresas que eventual-

mente possuíssem usina, quanto aquelas que necessitassem de um Termo de Compromisso de fornecimento do concreto betuminoso. De acordo com critério utilizado, não poderiam participar da licitação as empresas que, concomitantemente, não possuíssem usina própria e que não obtivessem o compromisso de fornecimento expedido por usina de asfalto legalmente licenciada.

11. A mencionada exigência não feriu o caráter competitivo do certame, uma vez que teve por objetivo garantir o cumprimento da obrigação, ou seja, dar certeza à Administração de que o serviço seria executado. Pergunto: de que adiantaria viabilizar a participação de outros interessados ; com o infundado receio de ferir o caráter competitivo do certame ; para, depois, por falta da garantia estabelecida no Termo de Compromisso, correr-se o risco de o serviço não poder ser realizado, ser realizado com atrasos, ou, mais grave ainda, ser realizado com desrespeito ao meio ambiente, cujo dever de preservá-lo, para “as presentes e futuras gerações”, é imposto tanto ao Poder Público, quanto à coletividade (art. 225 da Constituição Federal)?

12. Entendo, ainda, que as exigências editalícias não só não feriram o § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 (objeto de questionamento no acórdão recorrido), como, na verdade, vieram ao encontro da pretensão legal. É que a regularidade ambiental requerida de forma indistinta de todos os licitantes pode ser vista como uma necessidade essencial para que o objeto da licitação seja executado sem o comprometimento ambiental.

13. Ademais, os Recorrentes argumentam que: a) “na realidade, a fixação das exigências foi baseada na orientação do Setor de Engenharia do Município e do Ministério Público Estadual, tendo em vista que a temperatura média na cidade de Mossoró é de 38°C e que a aplicação do produto (CBUQ) em temperaturas inadequadas prejudica a qualidade do asfalto”, não se podendo cogitar, no caso, da existência de má-fé, dolo ou culpa (peça 44, p.1/5); b) “a exigência fixada no edital decorre de imposição legal, notadamente quando a necessidade de licenciamento ambiental para esses tipos de empreendimentos que tem grande potencial poluidor” e c) “a exigência não era de que o licitante tivesse usina

asfáltica própria, mas sim que a usina, sendo própria ou não, tivesse licenciamento” (peça 75, p. 1)

14. Reafirmo: não houve estipulação de reivindicações discriminatórias ou que extrapolassem as reais necessidades de uma Administração comprometida (não apenas no nível do discurso) com o desenvolvimento sustentável; a exigência editalícia foi cominada quer aos licitantes que detinham usina própria, quer aos que não detinham. Desta forma, entendendo que não houve ofensa nem à competitividade nem à igualdade de condições entre os concorrentes; tampouco pode-se, no meu sentir, apontar restrição ao caráter competitivo do certame.

15. O Parecer proferido pelo MP/TCU, com suporte no Acórdão nº 2872/2014 - TCU-Plenário, defende que “a documentação probatória de qualificação ambiental, quando exigida na licitação, precisa ser apresentada apenas pela vencedora do certame, após a adjudicação do objeto e previamente à celebração do contrato” (peça 101).

16. A esse respeito observo que, além das diferentes situações concretas a licitação referida pelo Parquet tratava-se de Concorrência Internacional, realizada pela Casa da Moeda do Brasil, para aquisição de linhas rotativas automáticas de eletrorevestimento de discos para moedas, na qual se questionava outros dispositivos da Lei nº 8.666/93 (art. 28, inciso V, e art. 30, inciso IV) e cujo certame foi, afinal, revogado, a instrução realizada pela Serur apresenta decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte Constitucional entendeu lícito exigir a apresentação do licenciamento ambiental já na fase de habilitação das licitantes. Reproduzo novamente neste Voto excerto da Ementa do Agravo de Instrumento 837832 MG:

“No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo poderá exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para aquisição de bens móveis, já que se afigura exigência de qualificação técnica que não implica discriminação injustificada entre os concorrentes, assegura a igualdade de condições entre eles e retrata o cumprimento do dever constitucional de preservação do meio ambiente.”

17. Ao decidir, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, deixou também asentado:

“O acórdão recorrido, portanto, está em sintonia com a jurisprudência da Corte, no sentido de que exigências de qualificação técnica e econômica podem ser estipuladas, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nesse sentido: ADI nº 2716, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 7.3.2008 e ADI nº 3070, Rel. Min. Eros Grau, DJe 19.12.2007.”

De todo o exposto, Voto no sentido de que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à apreciação desta Segunda Câmara.”

Além do voto, tomo a liberdade de transcrever uma parte do excepcional relatório de instrução e recomendo a sua leitura na íntegra pela qualidade ímpar esposada pelo Auditor do Tribunal de Contas da União:

Com a perspectiva dada pelo TCU (Portaria TCU 107/2008), o Estado deixaria de ser o simples adquirente de material produzido de maneira sustentável e passaria a assumir a função de fomentador no desenvolvimento sustentável. Assim, o momento em que se deve exigir a comprovação do licenciamento ambiental é importante para a definição da postura do contratante. Se por um lado ao se exigir a certificação após a homologação do certame e antes da assinatura do contrato amplia o rol de possíveis participantes, pois que uma eventual desclassificação só ocorrerá ao término do julgamento das propostas, por outro a aferição da regularidade ambiental das jazidas que irão fornecer o material já na fase da habilitação obriga que todos os interessados em contratar com a administração assumam previamente uma postura ambiental correta.

Ademais, eleger as fases finais da licitação como o momento adequado para se exigir o licenciamento ambiental pode frustrar o certame, porquanto há a possibilidade de que nenhum participante disponha do mencionado licenciamento.

Vale observar que não se está defendendo que outras exigências técnicas sejam previamente comprovadas pelos interessados, mas que as certifi-

cações ambientais sejam destacadas das demais e se passe a prever a sua apresentação já na fase de qualificação técnica. Dessa forma, a solução encaminhada não possui o condão de alterar a jurisprudência da Corte de Contas acerca da inclusão de exigências indevidas na fase de qualificação técnica, prestando-se apenas ao tratamento diferenciado das questões ambientais.

O Supremo Tribunal Federal também avaliou a pertinência dos cuidados ambientais nas licitações, mais especificamente do licenciamento ambiental, no Agravo de Instrumento 837832 MG, vazado nos seguintes termos:

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. DECISÃO DE INABILITAÇÃO EM PREGÃO. EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. DECRETO Nº 44.122/05. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo poderá exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para aquisição de bens móveis, já que se afigura exigência de qualificação técnica que não implica discriminação injustificada entre os concorrentes, assegura a igualdade de condições entre eles e retrata o cumprimento do dever constitucional de preservação do meio ambiente. A Administração Pública, além de observar a igualdade de condições a todos os concorrentes, também atenderá aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º, Lei nº 8.666/93). A aplicação da pena por litigância de má-fé deve ser dada apenas nos casos de indubitosa prática de dolo processual. Recursos conhecidos, mas não providos” (fl. 339).

Desse modo, insta destacar que não faria sentido permitir, **no caso em tela**, um licitante sem a licença de operação e, caso sagra-se vencedor, teria que tomar as providências cabíveis para a retirada da licença de operação . Fica a

pergunta: se demorasse quatro meses? Se demorasse oito meses? A Administração Pública teria que aguardar todo este tempo para satisfazer a necessidade pública? Além disso, como esquecer uma das finalidades da licitação que é o princípio do desenvolvimento nacional sustentável? Não se pode pensar em sacrifícios do interesse público para mero atendimento formal de uma interpretação literal. Deve-se buscar a interpretação sistemática e teleológica também para o encontro das normas jurídicas aplicáveis ao caso.

Posto tudo isso, conclui-se que é possível, a depender do caso, permitir a exigência de licença de operação dos licitantes. Tal situação não significa que em todo e qualquer caso poderá ser solicitado documentos de índole técnica com natureza ambiental (ou tecnológica) nos documentos de habilitação, mas sim deverá haver a ponderação e o exame acurado diante do objeto licitado para aferir se este demanda impreterivelmente documentos da espécie, sempre lembrando que o ato convocatório deverá fazer tão somente as **exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

XVII

QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA: Exigência de Apresentação de Declaração de Habilidade Profissional

Preceitua o inc. XXI do art. 37 da Constituição da República de 1988 que a Administração Pública deve contratar, como regra, mediante processo de licitação, “o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Com a devida motivação, as exigências relativas à “qualificação econômico-financeira” têm por escopo comprovar as condições econômico-financeiras do licitante em arcar com os encargos para a execução do objeto licitado, isto é, destinam-se a assegurar a execução do contrato, prevenindo a Administração Pública de contratar com empresas sem respaldo financeiro para o cumprimento integral das obrigações assumidas.

O licitante deve ser capaz de suportar com todas as despesas necessárias para a execução do contrato, haja vista fazer jus ao pagamento apenas como contrapartida remuneratória após o recebimento do objeto já executado, ao menos de forma parcial, pela Administração Pública.^[45]

Em suma, a qualificação econômico-financeira se faz legítima na medida em que se destina à comprovação de condições para suportar os encargos

[45] Salienta-se que excepcionalmente é possível permitir e prever o pagamento antecipado, porém a regra é o pagamento acontecer tão somente após o recebimento provisório e definitivo do objeto, cumprindo assim a efetiva liquidação da despesa para posteriormente ocorrer o pagamento. Esta regra encontra amparo nos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64.

decorrentes da execução do objeto licitado. Assim sendo, qualquer exigência de capacidade financeira do licitante deve ser respaldada na razoabilidade e proporcionalidade, sempre fundada em critérios objetivos de análise e demonstrada a imprescindibilidade desta demonstração para exteriorizar documentalmente a capacidade de execução das obrigações assumidas em virtude da licitação.

Importante ressaltar que, além dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade que devem ser respeitados, ao administrador impõe-se um limite basilar nessa exigência, vez que não pode, sob nenhuma hipótese, macular o caráter competitivo do certame e nem desrespeitar a legalidade.

A legislação nacional sobre processo licitatório, Lei 8.666/93, prevê a exigência de documentação relativa à qualificação econômico-financeira no inc. III do art. 27 e preceitua quais são os documentos hábeis para tal aferição no rol do art. 31:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira **LIMITAR-SE-Á** a:

I. balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II. certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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.

§ 1º. A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir

caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º. O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º. Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º. A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Nota-se que não há, no referido rol, a previsão de Declaração de Habilitação Profissional – DHP. Sobre isso, o Tribunal de Contas da União – TCU entende que a exigência da DHP para fins de qualificação econômico-financeira em licitação afronta a legislação nacional:

O Tribunal de Contas da União deu ciência ao Município (*omissis*) sobre as seguintes impropriedades: a) exigência de o licitante ser inscrito exclusivamente no CREA, não aceitando empresas inscritas no CAU,

identificada no item 10, alínea “n”, do edital da Tomada de Preço nº 07/2015, o que afronta o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do TCU; b) proibição de somatório de atestados para efeito de compatibilidade e comprovação de capacidade técnica, identificada no edital da Tomada de Preço nº 07/2015, o que afronta o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988; **c) exigência de apresentação de Declaração de Habilitação Profissional (DHP) para fins de qualificação econômico-financeira, identificada no edital da Tomada de Preço nº 07/2015, o que afronta a jurisprudência consolidada nos Acórdãos de nºs-1.146/2015-P, 2.993/2009-P, 1.052/2011-P, 1.924/2011-P, 2.344/2011-P, 643/2012-P, 971/2012-P e 152/2013-P.**

(Tribunal de Contas da União, itens 1.7.1.1 a 1.7.1.3, TC-035.253/2015-0, Acórdão 642/16 – Plenário).

Em acórdão pretérito, o Plenário do TCU também já determinara a um órgão da Administração que se abstinhasse de exigir o selo de DHP nos documentos contábeis, por configurar um rigor excessivo^[46], inclusive amparado no entendimento do Supremo Tribunal Federal^[47] que declarou a exigência de

[46] Acórdão 2.993/09 – Plenário TCU – Rel. Min. Augusto Nardes

[47] “1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e assim ementado: “ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. REGIME JURÍDICO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS. TENDÊNCIA DE FLEXIBILIZAÇÃO. ART. 58 DA LEI N. 9.649/98. SUSPENSÃO LIMINAR NA ADIN 1.717-5/DF. RESOLUÇÕES DO CFC. MAJORAÇÃO DE ANUIDADES, PENA DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL E EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, CONSOANTE ENTENDIMENTO TRADICIONAL. 1. A tendência de flexibilização do regime jurídico dos Conselhos Profissionais, traduzida na Lei n. 9.649/98, foi rejeitada em decisão liminar do Supremo Tribunal Federal (ADIn n. 1.717-5/DF), continuando tais Conselhos classificados como entidades autárquicas. 2. Considerou-se que não parece possível, em face do ordenamento constitucional, a delegação, a entidade privada, de atividade típica do Estado, “que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais”. 3. **Diante dessa orientação, desaten-**

apresentação de DHP nos documentos contábeis dos licitantes uma violação do princípio da legalidade.

Assim, a exigência de DHP para qualificação econômico-financeira do licitante revela-se excessiva e descabida, além de afigurar-se violação ao ordenamento jurídico por ausência de previsão legal e contrária ao entendimento da Suprema Corte.

dem ao princípio da legalidade Resoluções do Conselho Federal de Contabilidade dispondo sobre a majoração de anuidade, a suspensão do exercício profissional e a exigência de declaração de habilitação profissional. 4. Extrapola o pedido a determinação, contida na sentença, para que a autoridade se abstenha de majorar o valor de multas”. (fl. 463) Sustenta o recorrente, com fundamento no art. 102, III, a, ter havido violação aos arts. 5º, XIII, XVIII, 70, § único, e 149, da Constituição Federal. 2. Inviável o recurso. É que esta Corte, ao apreciar a ADI 1.847, (Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 28.03.03), declarou a inconstitucionalidade do art. 58 da Lei nº 9.649/98. Está na ementa: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E RESPECTIVOS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATA DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Nesta mesma assentada, o Plenário considerou prejudicada a ADI nº 1717, no ponto em que impugnava o § 3º do art. 58 da Lei Federal nº 9.649/98. E a julgou procedente, no mais, para declarar a inconstitucionalidade do “caput” e demais parágrafos do mesmo artigo. 2. Tendo, esta ADI nº 1.847, o mesmo objeto, fica, em consequência, prejudicada.” E, como observou o Min. CELSO DE MELLO, ao julgar a perda de objeto da ADI 1.325: “a Medida Provisória objeto de impugnação nesta sede de controle normativo abstrato veio a ser convertida na Lei nº 9.649 de 27 de maio de 1998. Este diploma legislativo, por sua vez, veio a ser revogado, em momento subsequente, pela Lei nº 10.683 de 28 de maio de 2003.” 3. Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 21, § 1º, do RISTF; art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC). Publique-se. Int.. Brasília, de 17 de fevereiro de 2005. Ministro CEZAR PELUSO Relator (Supremo Tribunal Federal, RE 438142, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 17.02.2005, publicado em DJ 17.03.2005 PP-00060)

XVIII

GARANTIA DE PROPOSTA: Momento de Exigência

Em primeiro lugar, é necessário diferenciar a garantia de proposta^[48] como documento de habilitação, mais precisamente de qualificação econômico-financeira, da garantia de contrato administrativo.

A garantia de contrato administrativo tem por escopo proteger a Administração Contratante de qualquer irregularidade contratual a ser cometida pelo contratado durante a sua execução. Está 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 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 11.079, de 2004)

II. seguro-garantia; (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)

[48] A denominação “garantia de proposta” poderá gerar o equívoco de entender que se trata de documento atinente à fase de proposta, entretanto é documento típico e legalmente estatuído para a etapa de habilitação.

III. fiança bancária. (Redação dada pela Lei 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 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 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.

Já a garantia de proposta é um documento de qualificação econômico-financeira, ou seja, um documento de habilitação a ser apresentado por todos os licitantes que disputarem o certame, sob pena de sua inabilitação. Tem previsão legal no art. 31, III, da Lei de Licitações:

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

I. balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II. certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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.

Como se verifica, a chamada “garantia de proposta” é documento a ser inserido dentro do envelope de habilitação e somente deverá ser conferida pela Administração Pública quando da abertura dos envelopes de habilitação.

Sobre a impossibilidade de requisitar a apresentação ou comprovação de garantia de proposta antes da sessão pública de recebimento dos envelopes, o Tribunal de Contas da União compreendeu:

A exigência de prestação de garantia antes da data de apresentação dos documentos de habilitação não encontra amparo na Lei 8.666/93, pois, além de constituir fator restritivo à competitividade, permite o conhecimento antecipado das empresas que efetivamente participarão do certame, com possível dano à ampla concorrência.

Representação formulada pela Controladoria-Geral da União trouxe ao conhecimento do TCU irregularidades ocorridas em licitação custeada com recursos oriundos de contrato de repasse celebrado entre o (*omissis*) e o (*omissis*). A licitação objetivava a contratação de empresa para a construção de casas populares e a pavimentação de ruas daquele município. Um dos pontos analisados disse respeito à exigência constante no instrumento convocatório de prestação de garantia de participação até três dias antes da data de apresentação dos documentos de habilitação e proposta. Ouvido em audiência, o ex-prefeito, responsável pela aprovação do edital e homologação do certame, alegou que a exigência encontra respaldo nos arts. 31, inciso III, e 56 da Lei 8.666/93, e tem por objetivo colocar a Administração a salvo de riscos durante a execução do contrato. O relator, discordando da argumentação, aduziu que não “*foi justificada adequadamente a exigência relativa à prestação de garantia de participação, correspondente a 1% do valor global previsto, até 3 dias antes da data de apresentação dos documentos de habilitação e proposta*”. E continuou: “*na verdade, a exigência, além de ilegal e contrária à jurisprudência do TCU, permite conhecer antecipadamente as empresas que efetivamente participarão do certame, facilitando eventuais acordos entre elas, com possível dano à ampla concorrência*”. Considerando que as explicações apresentadas

foram incapazes de afastar a ilicitude, o relator votou pela rejeição das razões de justificativa com aplicação de multa ao ex-prefeito. A proposta foi acolhida pelo Colegiado.

(Informativo de Licitações e Contratos do TCU nº 263, Acórdão 6.193/15 – Primeira Câmara, TC 009.586/2011-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 13.10.2015).

Como se verifica, a Corte de Contas repudiou a cláusula editalícia que estipulava a necessidade de apresentação da garantia de proposta até três dias antes do dia marcado para a sessão pública de apresentação dos envelopes de habilitação e de proposta, bem como a sua respectiva abertura. Uma cláusula editalícia deste teor permite que se conheçam os possíveis competidores antes do início da disputa, o que poderá dar margem para conluio e corrupção na disponibilização desta informação a algum licitante privilegiado.

Dessa maneira, quando for feita a exigência de garantia de proposta, o ato convocatório deverá prescrever que os licitantes poderão optar por qualquer das modalidades de garantia preconizadas no artigo 56, §1º, da Lei de Licitações, determinando a apresentação do comprovante de garantia dentro do envelope de habilitação quando da entrega deste. Além disso, é imperioso recordar, **como dica prática**, que o edital também deverá descrever como e onde será feito o depósito para fins de garantia para aqueles que optarem por caução em dinheiro.

XIX

AUTENTICAÇÃO DOS DOCUMENTOS PELOS PRÓPRIOS AGENTES PÚBLICOS

Os documentos no processo licitatório deverão ser apresentados pelos seus originais ou autenticados ou a partir de publicações no órgão da imprensa oficial, consoante se infere da regra do art. 32 da Lei de Licitações:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

Via de regra, a autenticação poderá ser realizada por tabelião de nota que é um delegatário do Poder Público nos termos do art. 236 da Constituição da República Federativa de 1988, o qual possui como uma de suas prerrogativas a de autenticar cópias – art. 7º, V, da Lei 8.935/94.

Para simplificar, a Lei de Licitações permitiu a possibilidade de os agentes públicos autenticarem os documentos, o que afasta a necessidade de os licitantes terem notáveis dispêndios na autenticação via tabeliães e a dificuldade de juntar os originais. Nesta senda, os licitantes deverão juntar cópias simples nos envelopes e, ao mesmo tempo, estar munidos no momento da sessão com os originais ou autenticados para que os agentes da comissão de licitação ou o pregoeiro ou a equipe de apoio possam fazer a devida conferência e carimbar (autenticar) “confere com o original”.

Salienta-se que esta autenticação por servidor demanda muita cautela e atenção para evitar a certificação de documento diferente do original, desperceber o verso dos documentos autenticados por tabeliães, etc.

Ademais, pode ser que, dependendo do objeto licitado e dos documentos exigíveis, a sessão de credenciamento e de abertura de envelopes de habilitação numa concorrência (primeira etapa de habilitação e depois a etapa de proposta, segundo regra procedimental do art. 43 da Lei 8.666) seja consumida tão somente para autenticação. Para evitar um desperdício de tempo na sessão e inclusive no deslocamento dos licitantes no dia da sessão para tão só acompanhar a autenticação de seus documentos e de possíveis concorrentes, entendo como possível uma cláusula editalícia **recomendar** que as autenticações por servidor sejam feitas até um dia antes da sessão, desde que o prazo de publicidade do edital seja observado e que não se imponha como obrigatoriedade, mas sim coloque como recomendação, ou seja, não impedindo que um licitante opte pela autenticação na hora da sessão, mais precisamente quando da análise dos documentos constantes no envelope.

Outrossim sobre a inviabilidade de vedar via previsão editalícia a autenticação no dia da licitação pelos agentes públicos, o Tribunal de Contas da União já se manifestou:

A imposição de restrição temporal para autenticação dos documentos de habilitação dos licitantes afronta o art. 32 da Lei 8.666/93. A comissão de licitação pode realizar a autenticação dos documentos apresentados por meio de cópia na própria sessão de entrega e abertura das propostas, em atenção aos princípios do formalismo moderado e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e em consonância com o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93.

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em tomada de preços, promovida pela 7ª (omissis), com objetivo de contratar empresa para elaboração de projeto executivo de

obras em municípios do Estado do Piauí. Dentre os pontos impugnados, alegara a representante que teria sido indevidamente inabilitada em decorrência da apresentação de documentos não autenticados. (...) Realizadas as oitivas regimentais, a unidade técnica considerou que “a (omissis) agiu estritamente conforme o Edital, o qual previa que as cópias dos documentos deveriam ser autenticadas em cartório ou poderiam ser autenticados por servidor da 7ª SL ou por membro da Comissão Técnica de Julgamento a partir do original, desde que até às 17h30min do dia útil anterior à data marcada para o recebimento da documentação ..., e não na hora da abertura das propostas”. Dissentindo da unidade técnica, o relator registrou que a mencionada cláusula do edital “afronta o art. 32 da Lei 8.666/93, o qual prevê que ‘os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial’. O referido dispositivo também não permite nenhuma restrição temporal para que a comissão de licitação se recuse a autenticar os documentos, como previsto no item 6.2.1.5.1 do edital impugnado”. Argumentou ainda o relator que, mesmo que houvesse amparo legal para o procedimento adotado pela comissão de licitação, “não haveria por que, em atenção ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993 e em consonância com o que prescreve o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, não realizar a autenticação dos documentos na própria sessão de entrega e abertura das propostas. Conduta diversa configura formalismo exagerado que pode levar à restrição indevida do caráter competitivo da licitação e à seleção de proposta que não seja a mais vantajosa”. Por fim, relembrou o Acórdão 357/2015-Plenário, segundo o qual “a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo”.

(Informativo de Jurisprudência n. 248, Acórdão 1.574/15 – Plenário, TC 033.286/2014-0, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.06.2015).



COBRANÇA DE EDITAIS DE LICITAÇÃO

A Lei de Licitações prescreve em seu art. 32, § 5º, que “não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.”

Desse modo, não se poderá vender editais de licitação com valores superiores aos valores gastos para fins de sua disponibilização aos licitantes. Neste sentido, vide o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União:

A cobrança por editais em valor superior ao custo da reprodução gráfica ou ao custo da disponibilização em meio eletrônico é restritiva à competitividade da licitação.

(...) Outrossim, anotou o relator, na licitação questionada fora cobrado R\$ 1.000,00 para a obtenção de um edital de 33 páginas, ao passo que em tomada de preços imediatamente anterior, realizada no mesmo exercício, a municipalidade cobrara R\$100,00 por um edital de 27 páginas. Nesse sentido, o relator concluiu que *“a restrição à competitividade resulta da cobrança abusiva e desarrazoada praticada pela administração municipal, constatando-se o abuso a partir do cotejo entre os valores praticados nas duas tomadas de preço realizadas pela prefeitura municipal de (omissis)”*.

(...)

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 206 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 3.559/14 – Segunda Câmara, TC 038.871/2012-2, Rel. Min.-Substituto André Luís de Carvalho, 15.07.2014).

Atualmente, a venda de editais deverá ser considerada de maneira excepcional já que a grande maioria dos órgãos e entidades da Administração Pública possuem sites, podendo então disponibilizar os instrumentos convocatórios e todos os atos realizados na licitação (ata de julgamento, resposta a impugnação, resposta a esclarecimento, etc.) eletronicamente. Lembra-se ainda que pela Lei de Responsabilidade Fiscal é dever, por exemplo, a transparência das receitas e das despesas pela internet nos termos do arts. 48 e 48-A.

Como o princípio da competitividade é vetor das licitações públicas e a publicidade é diretriz de qualquer atuação da Administração Pública, tanto que está prevista inclusive no art. 37, caput, da Constituição, o ideal é fomentar o acesso dos editais pelo maior número possível de pessoas para aumentar a probabilidade de uma proposta mais vantajosa no certame. Não se deve criar dificuldades ou empecilhos para a acessibilidade aos atos convocatórios, bem como para que se impugne os mesmos.

É recomendável que a Administração Pública disponibilize no site, envie por e-mail quando solicitado, grave o arquivo do edital em pendrive do interessado, enfim tome todas as atitudes visando à majoração da publicidade do ato convocatório da licitação.

Entretanto, como pode ter algum licitante sem acesso a internet ou “sem impressora”, a Administração Pública deverá permitir também a oferta aos licitantes de editais direto em sua sede a partir do pagamento de um valor suficiente para cobrir os custos diretos e indiretos pela impressão. Apesar de ser possível a venda de editais, sempre é valioso recordar que tal conduta não é “fonte de receita” da Administração Pública e jamais deverá ser encarada como uma hipótese de “superávit”.

Por derradeiro, imperioso rememorar que a Administração Pública deverá ser criteriosa e ponderada na fixação do valor para a venda do edital, sob pena de propiciar uma restrição à competitividade e até um direcionamento da licitação.

XXI

RESPONSABILIDADE DOS CONSORCIADOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE

O consórcio de empresas para participar de processo licitatório encontra fundamento no art. 33 da Lei de Licitações que preceitua:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I. comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II. indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III. apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV. impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V. responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º. No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º. O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

O consórcio na licitação nada mais é do que o compromisso formal entre várias empresas que se unem para formular uma proposta no certame e executarem-na, caso seja vencedora da disputa. Segundo Marçal Justen Filho, “sendo o consórcio uma associação eventual, constituída para um empreendimento específico, o ato convocatório deve não apenas autorizar sua participação, mas também estabelecer as regras correspondentes. De regra, o consórcio não existirá antes, nem fora, nem além da licitação.”^[49]

Dessa maneira, como é uma junção de forças entre várias empresas para participar de um processo administrativo concorrencial e, vencendo a licitação, deverá honrar a execução do contrato de maneira solidária, consequentemente o contratado é o consórcio de empresas.

Não se pode pensar e falar na responsabilidade individual de uma empresa do consórcio perante a Administração Pública contratante, e sim na responsabilidade do consórcio como um todo perante a Administração Pública contratante, até porque, para a lei de licitações, a responsabilidade entre as empresas do consórcio é solidária. Ou seja, não importa se o problema foi da empresa A do consórcio, as empresas B e C respondem por qualquer irregularidade, conquanto a responsabilidade pela execução daquela etapa do cronograma de execução contratual fosse da A.

[49] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*. 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 360.

Nesta linha de raciocínio, o Tribunal de Contas da União decidiu no Acórdão 7.493/15 – Segunda Câmara que foi veiculado no Informativo de Licitações e Contratos nº 260:

Não cabe desconsiderar a responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelos atos praticados pelo consórcio ao longo da execução do contrato, na forma disciplinada pelo art. 33, inciso V, da Lei 8.666/93, ainda que alguma delas não tenha, de fato, participado da execução da obra.

Recursos de Reconsideração interpostos pelo Estado de Roraima, por empresa integrante de consórcio contratado e por gestores questionaram deliberação do TCU mediante a qual suas contas foram julgadas irregulares, com imputação de débito solidário e aplicação de multas individuais aos recorrentes em razão, entre outras irregularidades, da execução parcial das obras relativas ao convênio celebrado entre o Estado de Roraima e a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para a construção de sistema de esgotamento sanitário nos bairros Canarinho, São Francisco, Paraviana e São Vicente, todos na cidade de Boa Vista (RR). Ao analisar o ponto, o relator rejeitou as alegações apresentadas pelos recorrentes, com exceção às do membro da comissão de recebimento da obra, tendo em vista a presença de circunstâncias atenuantes. Em relação aos argumentos recursais da empresa consorciada, destacou o relator que “não há como acatar a tese de ilegitimidade passiva da empresa (...) para integrar o polo passivo deste processo”, uma vez que “o documento apresentado pela recorrente, com o intuito de comprovar a transferência da parte que lhe cabia no objeto do convênio às demais empresas consorciadas, nada relata da transferência mencionada”. Ademais, explicou, “não se pode desconsiderar a responsabilidade solidária dos consorciados pelos atos praticados ao longo da execução do contrato, na forma disciplinada pelo art. 33, inciso V, da Lei 8.666/1993. Ainda que a empresa recorrente não tenha, de fato, participado da execução da obra, os consorciados comparecem perante a Administração como uma unidade. Não é por

outro motivo que, para contratar, a Administração Pública considera o conjunto dos bens, de recursos financeiros e de capacitação técnica de todos os consorciados, e não de cada um individualmente”. Assim, no ponto, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento ao Recurso de Reconsideração da empresa consorciada.

(Informativo n. 260 do TCU, Acórdão 7.493/15 – Segunda Câmara, TC 031.251/2010-2, relator Ministro Vital do Rêgo, 15.09.2015).

Em outras palavras, o Tribunal de Contas da União destacou no acórdão que a responsabilidade das empresas consorciadas em sede de licitações e contratos administrativos é solidária entre elas perante a contratante, diferenciando-se dos consórcios erigidos e regulados no Direito Privado pela Lei da Sociedade por Ações (arts. 278 e seguintes da Lei 6.404/76).

Sobre o assunto de consórcios, recomenda-se a leitura das decisões dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário que foram selecionadas e colacionadas no art. 33 no meu livro “Licitações e Contratos Administrativos: um guia da jurisprudência” (2. Ed. Negócios Públicos, 2015).

XXII

DIVULGAÇÃO DO PREÇO REFERENCIAL NA MODALIDADE PREGÃO

Prefacialmente, insta pontuar que na Lei 8.666/93, o § 2º do art. 40 prescreve que é anexo do edital, sendo integrante dele, o orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários:

§ 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

- I.** o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;
- II.** orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)
- III.** a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;
- IV.** as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

Por sua vez, no pregão, a Lei 10.520/02 prescreveu que dentro dos autos do processo administrativo licitatório ficarão os orçamentos realizados na fase interna, isto é, não estabeleceu a obrigatoriedade dos preços unitários e orçamentos como informação obrigatória no ato convocatório:

Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

- III.** dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os

quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

Por inteligência do art. 9º da Lei do Pregão, as normas da Lei 8.666/93 somente devem ser aplicadas de maneira subsidiária, razão pela qual neste assunto não se recorre ao comando do inc. II do § 2º do art. 40:

Art. 9º. Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Nesta diretriz, o Tribunal de Contas da União sempre destacou a diferença entre o orçamento estar dentro dos autos do processo licitatório e do edital para a modalidade pregão:

Anexe aos instrumentos convocatórios para aquisição de produtos e contratação de serviços o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, ressalvada a modalidade pregão, cujo orçamento deverá constar obrigatoriamente do termo de referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal termo de referência ou o próprio orçamento no edital ou de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-los. (Acórdão 531/07 – Plenário)

Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo administrativo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo. (Acórdão 394/09 – Plenário)

Apesar destas diretrizes, insta salientar que se o pregão for maior percentual de desconto, tiver preço máximo ou estabelecer que o preço de referência será utilizado para julgamento de aceitabilidade das propostas, é imprescindí-

vel que tais valores estejam obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório, até porque, do contrário, como os licitantes embasarão as suas propostas e como poderão acompanhar a legalidade dos atos e decisões praticados pelo pregoeiro durante o transcorrer do certame?

Especificamente sobre utilizar o preço de referência para fins de aceitabilidade, o Tribunal de Contas da União tem o seguinte precedente, Acórdão 392/11 – Plenário:

Voto

35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.

35.1 É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993.

(...)

Acórdão

9.4.2 na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade, a divulgação no edital é obrigatória, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993;

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 392/2011 – Plenário, Rel. Ministro José Jorge, Julg. 16.02.2011)

Seguindo este norte, o Acórdão 10.051/15 – 2ª Câmara de relatoria do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho deliberou que quando for usar

o preço de referência para fins de aceitabilidade da proposta é indispensável que esteja presente no edital, não se entendendo passível para afastar tal irregularidade o fato de o preço ter sido mencionado ou inserido no resumo da Intenção de Registro de Preços, até porque esta informação é de cunho restrito e meramente administrativa aos órgãos e entidades públicas.

A publicação do preço de referência por meio do resumo da Intenção de Registro de Preços no portal Comprasnet não supre a não inclusão no edital, pois a divulgação do preço referencial no instrumento convocatório garante ao licitante o direito à impugnação, notadamente quanto às regras de aceitabilidade da proposta.

Ainda na Representação atinente ao pregão eletrônico conduzido pelo *(omissis)*, para o registro de preços de materiais de intendência, o relator – após assentar a obrigatoriedade da divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando adotado como critério de aceitabilidade de preços – afastou a alegação da administração “*no sentido de que a publicidade do preço de referência pelo sítio do Comprasnet, por meio do resumo da Intenção do Registro de Preços (IRP), supriria a falta de divulgação no edital, vez que a divulgação do preço referencial no instrumento convocatório garante ao licitante o pleno direito à impugnação do edital, notadamente quanto às regras de aceitabilidade da proposta*”. Assim, acolhendo a proposta do relator, a Segunda Câmara julgou procedente a Representação, fixando prazo para a adoção de providências necessárias à anulação dos atos atinentes e consequentes ao item da licitação impugnado e determinando ao *(omissis)* que “*se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU (e.g.: Acórdão 392/2011-TCU-Plenário)*”.

(Informativo de Licitações e Contratos n. 267 do TCU, Acórdão 10.051/15 – Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015).

XXIII

JULGAMENTO:

Proposta acima do Preço Estimado X Proposta acima do Preço Máximo no Pregão

A Lei 8.666/93 prescreve em seu art. 40, inc. X:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

X. o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

Por sua vez, a Lei do Pregão (Lei 10.520/02) nada disciplina sobre a fixação de preços máximos e preços estimados, preceituando tão somente que dentro do processo licitatório deverão estar contidos os orçamentos e planilhas (art. 3º, III). Ou seja, o ato convocatório de pregão poderá sequer transcrever qual será o valor máximo ou o valor estimado da licitação, ressalvadas as situações em que o julgamento das propostas for pelo maior percentual de desconto, tiver sido fixado preço máximo ou estabelecer que o preço de referência será utilizado para julgamento de aceitabilidade das propostas, pois nestes casos retratados a informação do valor da licitação no pregão será obrigatória.

Desse modo, via de regra com esteio no art. 9º da Lei do Pregão, aplica-se a norma contida no inc. X do art. 40 da Lei de Licitações:

Art. 9º. Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em outras palavras, um edital de pregão não precisa pela lei conter a informação do valor da licitação (ainda que seja recomendável), mas, caso queira, poderá adotar o preço máximo ou preço estimado.

Sobre o assunto, chama a atenção o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União:

A desclassificação das licitantes, antes da fase de lances, em decorrência da apresentação de propostas cujos valores são superiores ao valor estimado afronta o disposto no art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002 e no art. 25 do Decreto 5.450/2005.

Representação formulada por licitante impugnara pregão eletrônico para registro de preços promovido pelo (*omissis*), tendo por objeto contratação de serviços de impressão corporativa, com locação de equipamentos e fornecimento contínuo de suprimentos e consumíveis de impressão, com valor anual estimado em R\$ 2.569.594,62. Dentre as irregularidades aventadas, apontou-se a desclassificação das empresas participantes em etapa prévia à fase de lances. Ao analisar o mérito, após a oitiva do Iphan, filiou-se o relator à conclusão da unidade técnica, no sentido de que “*a desclassificação das licitantes anterior à fase de lances, em decorrência da oferta de valores acima do preço inicialmente orçado violou o art. 25 do Decreto 5.450/2005, segundo o qual o exame da proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação deve ocorrer após o encerramento da etapa de lances, in verbis: ‘Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital’*”. Acres-

centou que, além de contrária à legislação, a prática adotada pelo pregoeiro está em desacordo com a jurisprudência do TCU (Acórdão 934/2007 1ª Câmara) e com o próprio edital do certame. Com base nesse fundamento, acolheu o Plenário a proposta do relator de julgar a Representação parcialmente procedente e dar ciência ao *(omissis)* de que “*a desclassificação das licitantes, antes da fase de lances, em decorrência da apresentação de propostas cujos valores são superiores ao valor estimado afronta o disposto no art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002 e no art. 25 do Decreto 5.450/2005*”.

(Informativo de Licitações e Contratos n. 300 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.131/16 – Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

No acórdão em comento, houve o estabelecimento do preço estimado e a Administração excluiu os licitantes que apresentaram propostas iniciais acima do referido valor descrito no instrumento convocatório. O Tribunal de Contas da União deliberou que houve um equívoco dos agentes públicos ao desclassificarem os licitantes que externaram valores superiores ao estimado quando da deflagração das propostas, isto porque a proposta inicial não é a proposta final, até porque durante o transcorrer do certame as propostas poderiam ser modificadas na fase de lances, fase de empate ficto, fase de preferência, etc..

O raciocínio para pregões com preço estimado não deve ser o mesmo para aqueles com preços máximos. Explica-se. Se o ato convocatório estatuiu preço máximo (norma cogente), logo o licitante que apresenta a sua proposta com valor superior ao máximo está descumprindo de imediato uma regra da licitação, razão pela qual deverá ser desclassificado. Ainda que alguns juristas discordem desta posição sob o argumento de que a proposta final do licitante poderia ser minorada durante o procedimento (fase de lances, empate ficto, preferência, etc.), infelizmente não se pode coadunar com tal raciocínio.

O pressuposto de qualquer proposta é a seriedade, boa-fé e obediência às normas do certame, ou seja, parte-se do princípio de que o licitante leu com

percuciência o edital e elaborou de maneira consciente a sua proposta conforme a sua realidade empresarial e as normas aplicáveis ao caso. Do contrário, consentir-se-á que o licitante em edital de preço máximo faça uma proposta com preço infinitamente superior ao fixado como teto, já que poderá diminuir na fase de lances. Tais situações permitiriam que um pregão eletrônico com preço máximo, por exemplo, de R\$ 10.000,00, tenha proposta classificada para a fase de lances em que o licitante propusera R\$ 400.000,00 e posteriormente terminara vencedor com a proposta final de R\$ 4.000,00. Em tais situações, qual foi a seriedade do licitante e de sua proposta?

Por conseguinte, no pregão os licitantes não estão atrelados em suas propostas iniciais ao valor previsto no edital quando adotado o preço estimado, diversamente será a conclusão se o valor estipulado no edital for máximo.

XXIV

EDITAL COMO ATO NORMATIVO E O DEVER DE RESPEITO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93, a licitação visa garantir o princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (finalidades do certame) e pautar-se-á por vários princípios dentre eles o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Especificamente no que se refere ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o art. 41 da Lei prescreve que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, sendo que o mesmo raciocínio serve para todos os licitantes também.

O desiderato deste princípio é garantir a segurança e a lisura do procedimento licitatório. Conclui-se assim que não pode a Administração e nem os licitantes descumprirem as normas e as condições do edital. Isto é, todas as partes envolvidas no certame, a Administração Pública e os licitantes, ficam vinculadas às regras delineadas no edital.

Tanto é assim que se costuma dizer, acertadamente, que o edital faz lei entre as partes. Neste sentido, inclusive, reiteradamente pronuncia-se o Superior Tribunal de Justiça (REsp 401646/DF, MS 5597/DF, RMS 15190/RS e REsp 354977/SC).

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório nos dizeres de Hely Lopes Meirelles significa que “a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido nesse instrumento inicial da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato”.^[50]

Carlos Ari Sundfeld salienta o triplo objetivo de tal princípio norteador das licitações públicas ao relatar que:

“A vinculação ao instrumento convocatório cumpre triplo objetivo. De um lado, aferra a Administração ao Direito, na medida e em que a sujeita ao respeito de seus próprios atos. De outro, impede a criação de etapas *ad hoc* ou a eleição, depois de iniciado o procedimento, de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar licitantes. Por fim, evita surpresas para estes, que podem formular suas propostas com inteira ciência do que deles pretende o licitador. Após o início da licitação, a única surpresa para os licitantes deve ser quanto ao conteúdo das propostas de seus concorrentes.”^[51]

Sobre o assunto, destaca-se a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que se embasou para controlar judicialmente uma licitação nos seguintes pontos: (i) o caráter normativo do ato convocatório de uma licitação e (ii) o princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ENTREGA DE DOCUMENTOS POR VIA ELETRÔNICA NA FASE DE HABILITAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO

[50] MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 15.

[51] SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

CONVOCATÓRIO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. - Direito líquido e certo amparável por mandado de segurança é aquele que pode ser demonstrado de plano, estreme de dúvidas. Assim, afirmando agente público ligado à entidade licitante que não houve tentativa frustrada de remessa de e-mail (com os documentos relativos aos requisitos não compreendidos no SICAF, bem como a carta proposta com o detalhamento das especificações técnicas) na data prevista no edital, inviável o acolhimento da alegação. - **O edital tem natureza normativa e caráter vinculante para a Administração e os licitantes. O princípio da vinculação tem fundamento na tutela da idoneidade do certame, da isonomia, da legalidade, da moralidade e da segurança, de modo que suas cláusulas devem ser observadas, salvo se comprovada ilegalidade.** - Estabelecendo o edital, que não foi impugnado no prazo previsto para tanto, que os documentos relativos aos requisitos não compreendidos no SICAF, bem como a carta proposta com o detalhamento das especificações técnicas, deveriam ser remetidos por e-mail na data de encerramento da etapa de lances, com posterior entrega do original, ou cópia autenticada, no prazo máximo de três dias úteis, contados do 1º dia útil subsequente à data da realização do pregão, devem, em princípio ser cumpridas as formalidades previstas. - Havendo exigência de encaminhamento de e-mail na data do encerramento das propostas, e posteriormente entrega de documentação física, presume-se presente razão para isso, presunção esta que não foi desconstituída pela impetrante, mesmo porque a providência agiliza o procedimento licitatório, na medida em que a autoridade responsável pode checar a documentação eletrônica para depois fazer apenas a conferência com a documentação física, não se mostrando desarrazoada. - Como a exigência constante no edital não foi impugnada oportunamente, não foi cumprida pela licitante, e não se mostra flagrantemente desarrazoada, a desclassificação não se mostrou abusiva.

(Tribunal Regional Federal da 4ª Região, APELREEX 5008708-29.2015.404.7000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 04.09.2015)

No julgado supra, verifica-se que o Desembargador Relator foi bastante claro e preciso ao preceituar que o edital é um ato normativo.

Analisando a classificação dos atos administrativos, pode-se dizer que o ato convocatório de um certame é um ato-regra,^[52] geral e normativo. Justamente por ser ato normativo, entende-se pela impossibilidade de um edital ser subscrito pela Comissão de Licitação, salvo quando houver norma atribuindo tal competência para este colegiado. Do contrário, deverá ser assinado pela autoridade competente. A interpretação que direciona para este raciocínio é do artigo 13 da Lei de Processo Administrativo Federal que prevê a impossibilidade de delegar a edição de atos de caráter normativo, o que em outras palavras desencadeia a inviabilidade de a autoridade superior repassar a terceiros como a CPL:

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I. a edição de atos de caráter normativo;

II. a decisão de recursos administrativos;

III. as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Sobre a vinculação do instrumento convocatório e a necessidade de seguir as regras lá previstas, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL.

I - Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por SOL COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, contra ato do Se-

[52] “Atos regra – os que criam situações gerais, abstratas e impessoais e por isso mesmo a qualquer tempo modificáveis pela vontade de quem os produziu, sem que se possa opor direito adquirido à persistência destas regras. Ex. o regulamento.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 59).

nhor Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Serviços de Radiodifusão do Ministério das Comunicações, que a excluiu da fase de habilitação por ter entregue a documentação exigida para essa finalidade com 10 (dez) minutos de atraso.

II - O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: «Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.»

III - Supondo que na **Lei** não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da res publica. Outra não seria a necessidade do vocábulo «estritamente» no aludido preceito infraconstitucional.

IV - “Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expreso e exaustivo, no corpo do edital.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385)

V - Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se “estritamente” a ele.

VI - Recurso Especial provido.” (STJ, REsp 421946 / DF, julg. 07/02/2006)

Para finalizar, na mesma diretriz sobre a impossibilidade de afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório em processos licitatórios (artigo 41 da Lei n. 8.666/93), carregam-se, a título ilustrativo, algumas decisões do Tribunal de Contas da União:

(...) o TCU deu ciência à (omissis) no sentido de que, quando da realização de processos licitatórios, devem ser incluídos critérios claros e

objetivos relativos à capacitação a ser comprovada documentalmente, orientando pregoeiros e membros de comissão de licitação sobre a aceitação de tais documentos, em conformidade com os princípios básicos da licitação, em especial o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

(Tribunal de Contas da União, item 9.6.4, TC-015.331/2009-3, Acórdão 5.840/12 – Segunda Câmara).^[53]

“[ACÓRDÃO]

1.6. Determinações:

1.6.1. à UFTM que, nos procedimentos licitatórios que vier a adotar:

[...]

1.6.1.2. atenha-se a adjudicar bens e serviços somente a empresas cujas ofertas satisfaçam, de forma plena, as exigências dos editais licitatórios, ainda que ofereçam vantagens extras, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório

(Tribunal de Contas da União, AC-2842-17/09-1, Sessão: 02.06.09, Relator: Ministro AUGUSTO NARDES, Representação)

“[VOTO]

24. Assim, de forma conclusiva, restou demonstrado que os gestores da PIEMTUR [Piauí Turismo] deixaram de dar cumprimento ao disposto no art. 41 da Lei nº 8.666/1993 o qual prevê que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

25. Devo asseverar que, tal qual já havia ponderado no despacho em que adotei a cautelar suspendendo a execução do certame em foco, o edital é a Lei da Licitação, deve ser obedecido, sob pena de quebra do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

[53] *In REIS*, Luciano Elias. *Licitações e Contratos*: Um guia da jurisprudência. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2013, p. 534.

26. Nesse sentido, considero cabível a aplicação, aos responsáveis, da penalidade pecuniária inculpada no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, a qual entendo arbitrar em valor menor aos membros da CPL e em mais elevado ao Presidente da PIEMTUR, por ter sido a autoridade que homologou o certame, a despeito das irregularidades acima descritas.

[ACÓRDÃO]

9.1. rejeitar as razões de justificativa do Sr. [Presidente da PIEMTUR] e aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 268 do Regimento Interno do TCU, [...];

9.2. rejeitar as razões de justificativa dos Srs. [membros da Comissão Permanente de Licitação] e aplicar-lhes, de forma individual, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 268 do Regimento Interno do TCU, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), [...];

(Tribunal de Contas da União, AC-1060-19/09-P, Sessão: 20.05.2009, Relator: Ministro Augusto Nardes – Representação)

XXV

DILIGÊNCIA SOBRE O ENQUADRAMENTO OU NÃO DO DECLARANTE COMO MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

O tratamento favorecido e diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte não ofende o princípio da isonomia, porque possui embasamento constitucional. A Constituição da República Federativa de 1988 estabeleceu em seu art. 170, inc. IX e art. 179:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)

IX. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
(...)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Desse modo, visualiza-se que as microempresas e empresas de pequeno porte são consideradas diferentes pela própria Constituição em comparação com as demais empresas. Lembrando da máxima aristotélica, deve-se tratar de maneira igual os iguais e desigual os desiguais de acordo com a sua desigualda-

de. Como as microempresas e empresas de pequeno porte são diferentes nos termos do sistema jurídico ante as demais empresas, logo deve ser concedido um tratamento diferenciado.

Neste sentido, houve a sanção da Lei Complementar 123/06 que sofreu profundas e impactantes alterações pela Lei Complementar 147/14 e pela Lei Complementar 155/16, tanto que houve até modificações da Lei 8.666/93 por intermédio do seu art. 10:

Art. 10. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 3º.**

.....
§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.” (NR)

“**Art. 5º-A.** As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.”

Diante deste breve panorama, questiona-se: toda microempresa e empresa de pequeno porte é optante pelo Simples Nacional?

A resposta é negativa. O Simples Nacional é um regime tributário que poderá ser adotado pelas MEs e EPPs, mas não lhe é obrigatório. Isto é, a ME e a EPP pode ou não adotar o regime tributário do Simples Nacional, até porque dependendo do caso outros regimes tributários poderão ser mais benéficos.

Portanto, o importante para que a ME e EPP possa gozar dos benefícios e regime diferenciado dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar 123/06 é que a empresa se enquadre aos valores de faturamentos preconizados no art. 3º.

Para deixar explícito que não se confunde o regime tributário com a caracterização de uma empresa como ME ou EPP para fins licitatórios, o art. 3º-B prescreve:

Art. 3º-B. Os dispositivos desta Lei Complementar, com exceção dos dispostos no Capítulo IV, são aplicáveis a todas as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas pelos incisos I e II do **caput** e § 4º do art. 3º, ainda que não enquadradas no regime tributário do Simples Nacional, por vedação ou por opção. (Incluído pela Lei Complementar 147, de 2014)

Caso durante o julgamento da licitação, o Pregoeiro ou a Comissão de Licitação tenha dúvidas acerca da veracidade da declaração apresentada pela licitante, recomenda-se que sejam efetuadas diligências a fim de aferir a verdade real dos fatos, qual seja, o enquadramento de acordo com a lei. Este inclusive é o posicionamento orientado pelo Tribunal de Contas da União:

Recomendação à (omissis) para que, havendo dúvidas sobre o enquadramento de licitante na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, segundo os parâmetros estabelecidos no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, além de realizar as pesquisas pertinentes nos sistemas de pagamento da administração pública federal, solicite da licitante a apresentação dos documentos contábeis aptos a demonstrar a correção e veracidade de sua declaração de qualificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte, para fins de usufruir dos benefícios da referida lei complementar (Tribunal de Contas da União, item 9.3, TC-027.890/2014-7, Acórdão 504/15 – Plenário).

Portanto, a diligência poderá tanto ser feita de maneira instantânea por meio do acesso aos portais da transparência ou pela solicitação formal de documentos diretamente à empresa declarante. De posse das informações e dos documentos pertinentes, que serão carreados aos autos do processo administrativo, o Pregoeiro ou a Comissão terá a tranquilidade para realizar o seu respectivo julgamento. Caso a declaração de microempresa ou de empresa de pequeno porte seja falsa, deverá: (i) a declarante ser excluída do certame; (ii) ser instaurado processo administrativo sancionador no âmbito da Administração licitadora; (iii) remeter os documentos hábeis de tal nefasta ilegalidade para o Ministério Público a fim de apurar em tese crime licitatório e (iv) direcionar tais documentos também ao Tribunal de Contas para averiguação e aplicação da sanção de declaração de inidoneidade prevista na Lei Orgânica (por exemplo, o art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União preceitua a sanção de declaração de inidoneidade para o caso de fraude à licitação).

XXVI

JULGAMENTO OBJETIVO DAS AMOSTRAS

Prefacialmente, sempre existe a dúvida acerca de quando e como exigir a amostra do objeto durante o certame.

Para saber se a solicitação será na fase (etapa) de habilitação ou na fase (etapa) de proposta, o agente público deverá responder: tal documento relaciona-se à aptidão do licitante em si ou é pertinente ao objeto proposto pelo licitante?

Caso seja atinente à aptidão do licitante e tenha amparo nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações, então será documento de habilitação, logo exigido na fase de habilitação. Do contrário, se for atrelado ao objeto proposto pelo licitante, por conseguinte deverá ser reivindicado na fase de proposta.

Em síntese, a amostra está relacionada ao objeto, por conseguinte deverá ser requisitada na fase de proposta.

Além disso, outra dúvida reside se tal documento será solicitado de todos os licitantes como condição de classificação preliminar (aceitabilidade inicial no caso do pregão) ou tão somente daquele que estiver classificado na fase de proposta em primeiro lugar?

O entendimento do Tribunal de Contas da União é de que somente deverá ser pleiteado do licitante que estiver classificado provisoriamente em primeiro lugar na fase de propostas (após a fase de lances, empate ficto e

preferências preceituadas pela lei), conforme se visualiza no aresto a seguir colacionado:

“(…) determinação ao (omissis) para que, caso opte por realizar nova licitação em substituição a um pregão presencial para registro de preços, observe que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório (cf. Acórdãos nºs 1.291/2011-P, 2.780/2011-2ªC, 4.278/2009-1ªC, 1.332/2007-P, 3.130/2007-1ªC e 3.395/2007-1ªC).”

(Tribunal de Contas da União, item 9.3.4, TC-035.358/2012-2, Acórdão 3.269/12 – Plenário).

Ultrapassadas estas duas primeiras questões, urge uma terceira indagação: como examinar se a amostra deve ser aprovada ou reprovada?

Convém lembrar que sempre o ato convocatório deve disciplinar quais serão os critérios para julgamento das amostras e quais serão os testes realizados para apreciar se elas deverão ser julgadas aptas e compatíveis com a necessidade pública.

Infelizmente não raras vezes, os editais contêm previsões simplórias e sucintas como esta abaixo transcrita:

27. DA AMOSTRA:

27.1. A empresa classificada em primeiro lugar deverá apresentar amostras dos itens nº 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 42, 46, 60, 61, 62, 63, 70, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 127, 128, 136, 135, 132, 133, 142 e 151, em até 05 (cinco) dias úteis da sessão em que for apurada a classificada, para análise e avaliação da Comissão Permanente de Avaliação de Amostras, nomeados pela portaria

nº xx/20xx. Caso a amostra seja reprovada pela Comissão, será passado para o segundo colocado o qual terá o mesmo prazo para entrega das amostras, a partir do envio do comunicado por email ou da própria sessão se presente, e assim sucessivamente até obter amostras aprovadas pela Comissão de Avaliação de Amostras.

A cláusula acima aludida por si só, desacompanhada de outras normas para explicar como será feito o julgamento da amostra, favorece um julgamento “no escuro” e possibilidade de quebra do julgamento objetivo e da segurança jurídica.

O princípio do julgamento objetivo está consagrado nos arts. 3º, 44 e 45, da Lei de Licitações, sendo vedado à Administração utilizar e embasar-se em critérios subjetivos ou desconhecidos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º. É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

§ 2º. Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

(...)

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Marçal Justen Filho^[54] esclarece que objetividade é junção de imparcialidade e finalidade. Além de se excluir a parcialidade, é necessário que o julgamento a ser realizado esteja voltado ao atendimento do interesse público. Tal interesse, por seu turno, não autoriza que a Administração afaste-se do estabelecido na lei e no ato convocatório.

Edgar Guimarães^[55], ao falar do princípio do julgamento objetivo, afirma que o legislador não poderia ter agido de outro modo ao consagrá-lo na Lei de Licitações. Isso porque, “se assim não fosse, nenhum sentido haveria para estabelecer-se a instauração de um procedimento com uma série de atos prévios à contratação, bastaria a lei eleger a tese da liberdade de contratação no setor público, deixando a escolha da proposta mais vantajosa ao alvedrio do agente público, sem o confronto entre proponentes.”

O descumprimento do julgamento objetivo acarreta privilégios e uma probabilidade de possível direcionamento do certame, o que não poderá ser admitido no exame das amostras, sob pena de afronta também aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Frisa-se que a apreciação das propostas em sede de amostra deverá ser realizada com esteio em critérios objetivos, devidamente descritos no ato convocatório, e sempre priorizando pela disputa isonômica entre os participantes.

[54] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*. 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 431.

[55] GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002, p.54.

Neste sentido, Marcos Jurena Villela Souto^[56] leciona de maneira magistral:

Tal princípio decorre da impessoalidade e da vinculação ao edital, por força do qual são vedados aspectos de apreciação subjetiva, que dão margem à discricionariedade, ou de integração de conceitos jurídicos indeterminados pela comissão julgadora.

É comum – porém ilegal – a presença de expressões como ‘adequado’, ‘suficiente’, ‘completo’, ‘primeira linha’, ‘imediatamente’ etc., sem um parâmetro objeto de aferição e atribuição de pontos (especialmente quando há licitações de técnica ou exame de metodologia de execução, para fins de habilitação).

Consubstanciando o desiderato deste princípio, o Poder Judiciário sempre tem se posicionado favorável ao julgamento objetivo para respaldar as decisões administrativas durante a condução do certame e execução contratual:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO POR DESCONFORMIDADE DA PROPOSTA À CONDIÇÃO FIXADA NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

Não é nulo o ato desclassificatório de proposta fundado na desobediência de critério objetivo pertinente ao limite expresso no edital como contraprestação máxima que a Administração se dispôs a pagar pelos serviços licitados. Segurança denegada. (Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 7256/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 12.08.2003).

Por tais razões, é ilegal o edital que não contenha cláusulas prescrevendo quais serão os critérios e como será feito o julgamento das amostras, conforme

[56] SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 20.

asseverou o Ministro Vital do Rêgo no Acórdão nº 2.600/2015-Plenário do Tribunal de Contas da União:

o TCU deu ciência à (*omissis*) sobre as seguintes impropriedades identificadas no Pregão Eletrônico 52/2011: a) a não definição de requisitos objetivos e claros a respeito da qualidade mínima dos produtos objeto da licitação afronta o disposto no art. 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/2002, o qual estabelece que a definição do objeto do pregão deve ser precisa, suficiente e clara; b) a reprovação de amostras sem justificativa expressa dos motivos pelos quais elas não atendem a qualidade exigida pela Administração fere o princípio basilar do julgamento objetivo, estabelecido no art. 4º da Lei nº 8.666/1993 c/c art. 9º da Lei nº 10.520/2002. (Tribunal de Contas da União, alíneas “b.1” e “b.2”, TC-012.563/2012-9, Acórdão nº 2.600/2015-Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo).

XXVII

APRESENTAÇÃO DE LAUDO OU AMOSTRA DO OBJETO PROPOSTO PELO LICITANTE

Sempre existe a dúvida acerca de quando e como exigir o laudo de comprovação da qualidade do objeto.

Primeiramente, para saber se a solicitação será na fase (etapa) de habilitação ou na fase (etapa) de proposta, o agente público deverá responder: tal documento relaciona-se à aptidão do licitante em si ou é pertinente ao objeto proposto pelo licitante?

Caso seja atinente à aptidão do licitante e tenha amparo nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações, então será documento de habilitação, logo exigido na fase de habilitação. Do contrário, se for atrelado ao objeto proposto pelo licitante, por conseguinte deverá ser reivindicado na fase de proposta.

Em síntese, o laudo de comprovação da qualidade do objeto deverá ser requisitado na fase de proposta.

A outra dúvida reside se tal documento será solicitado de todos os licitantes como condição de classificação preliminar (aceitabilidade inicial no caso do pregão) ou tão somente daquele que estiver classificado na fase de proposta em primeiro lugar?

Requisitar laudo de comprovação de qualidade “equivalente” (mesmo desíderio) à exigência de amostra, portanto o entendimento do Tribunal de Contas da União é de que somente deverá ser pleiteado do licitante que estiver

classificado provisoriamente em primeiro lugar, conforme se visualiza por um aresto colacionado no livro “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência”^[57]:

“(…) determinação ao (omissis) para que, caso opte por realizar nova licitação em substituição a um pregão presencial para registro de preços, observe que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório (cf. Acórdãos nºs 1.291/2011-P, 2.780/2011-2ªC, 4.278/2009-1ªC, 1.332/2007-P, 3.130/2007-1ªC e 3.395/2007-1ªC).”
(Tribunal de Contas da União, item 9.3.4, TC-035.358/2012-2, Acórdão 3.269/12 – Plenário).

Ademais, imperioso recordar que a exigência demanda: (i) a previsão no instrumento convocatório, inclusive com os testes e o julgamento objetivo a ser efetuado; (ii) solicitar somente daquele que estiver provisoriamente classificado em primeiro lugar; e (iii) prazo suficiente para a elaboração do laudo ou para a entrega da amostra. Neste sentido, vide o seguinte julgado:

É possível a exigência de laudos para comprovação da qualidade do objeto licitado, desde que (i) haja previsão no **instrumento convocatório**, (ii) **sejam exigidos apenas na fase de julgamento das propostas e do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar**, e (iii) **seja estabelecido prazo suficiente para a obtenção dos laudos**.

(…) O Plenário do TCU, considerando que as irregularidades verificadas não tinham envergadura para ensejar a nulidade do certame, recepcionou a proposta do relator para julgar parcialmente procedente a Representação e determinar à (omissis), dentre outros aspectos, que, em futuras licitações, “quando necessária a apresentação de laudos técnicos para

[57] REIS, Luciano Elias. *Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência*. 2. Ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2015.

assegurar a qualidade do objeto licitado, limite-se a exigí-los na etapa de julgamento das propostas, e apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, conferindo-lhe prazo suficiente para obtê-los”.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 203 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.677/14 – Plenário, TC 031.200/2013-3, Rel. Min.-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 25.06.2014).

Por derradeiro, convém lembrar ainda que o pedido de laudo de comprovação de qualidade deverá ser na fase de proposta antes da fase de habilitação, quando for licitação sob a modalidade pregão, isto porque primeiro encerra-se a fase de proposta e depois vai para a fase de habilitação, não podendo praticar um ato típico da fase de proposta no meio da fase de habilitação.

XXVIII

REVOGAÇÃO: ANÁLISE DA OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA

O amparo legal da revogação da licitação^[58] está atualmente estipulado no art. 49 da Lei 8.666/93^[59]. Além do texto literal da lei, a Súmula nº 476 do Supremo Tribunal Federal também consubstancia a possibilidade de a Administração revogar o processo licitatório, *in verbis*:

“**Súmula 473:** A administração pode anular seus próprios atos quando evitados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade”.

[58] Utilizar-se-á a locução “revogação da licitação” no presente artigo, em que pese o acertado comentário de Carlos Ari Sundfeld esposado na nota de rodapé nº 01. A opção se deve ao termo como normalmente é tratado na doutrina e na jurisprudência.

No mesmo sentido crítico que Sundfeld, José Cretella Júnior também critica o termo “revogação da licitação” ao dizer que “incorreto falar-se em anulação ou revogação global da licitação, como é inexacto aludir-se ao desfazimento global da desapropriação, mediante esses dois institutos, o revocatório e o anulatório.” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*: comentários à Lei Federal nº 8.666. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 305).

[59] “**Art. 49.** A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º. A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º. O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação”.

Quanto à definição da revogação da licitação, é indispensável recorrer aos atos administrativos^[60] e sua classificação. Este amarra-se ao fato de a revogação da licitação nada mais representar do que um ato administrativo exarado pela autoridade competente no exercício de sua função para a revogabilidade de um ato administrativo emanado anteriormente^[61].

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello define revogação por intermédio de um contraste com anulação ao dizer que revogação é a “retirada de precedente ato administrativo pela sua inconveniência ou inoportunidade; e como nulidade ou anulabilidade, sua invalidade ou ilegitimidade”^[62].

A referência utilizada acerca da revogação e anulação pelo autor suscitado decorre de os doutrinadores estrangeiros descreverem a existência de revogação por conveniência/oportunidade e revogação por ilegalidade ou ilegitimidade^[63]. Nas obras pátrias, verifica-se claramente que os autores brasileiros adotam a revogação por ilegalidade ou ilegitimidade como anulação e revogação tão só quando a extinção do ato administrativo está atrelada à oportunidade e/ou conveniência^[64].

[60] Ney José de Freitas exalta a relevância da teoria do ato administrativo para o Direito Administrativo, consoante se desprende de sua obra. (FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo – presunção de validade e questão do ônus da prova*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 75-83). Sobre uma excelente descrição acerca do ato administrativo e sua relação com o ato jurídico, vide Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.130-140).

[61] Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Licitação e Contrato Administrativo*, já advertia que “a licitação, como todo ato administrativo, é suscetível de anulação e de revogação”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 2 ed. São Paulo: RT, 1975, p. 163).

[62] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: 2007, p. 632-633.

[63] V.g. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. 10 ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 645; CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 545-546.

[64] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello descreve o tratamento dispensado pela doutrina italiana e alemã acerca da revogação. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*, p. 644-649).

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a revogação como a “extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”^[65].

José dos Santos Carvalho Filho descreve que a revogação “é o instrumento jurídico através do qual a Administração Pública promove a retirada de um ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade”^[66].

Juarez Freitas define a revogação como “o desfazimento do ato administrativo válido e hígido por alegações de conveniência ou de oportunidade, devidamente motivadas”^[67].

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro enuncia que “revogação é o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência”^[68].

Conforme se vislumbra pelas citações aludidas, não existe uma grande discrepância na definição de revogação do ato administrativo, salvo no que concerne aos efeitos, requisitos e pressupostos do ato revogador.

Desse modo, pode-se delinear que o ato de revogação de uma licitação é o desfazer do ato administrativo que havia decidido pela necessidade de licitação e posterior contratação, em razão da falta de oportunidade e/ou conveniência

[65] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 439.

[66] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 160.

[67] FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 272.

[68] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 255.

da Administração Pública, sendo que esta deverá ser justificada por um fato superveniente devidamente motivado^[69].

A revogação do referido ato acarretará a revogação dos atos posteriores e da relação surgida por eles. Ou seja, culminará na revogabilidade de todo o procedimento desenvolvido até a modificação da vontade da Administração em razão da inoportunidade e/ou inconveniência.

No tocante às licitações públicas, assevera-se que a revogação ocorre na prática quando, em síntese, o procedimento licitatório não se torna mais oportuno e/ou conveniente para a Administração Pública licitadora.

José Cretella Júnior realça que a questão da oportunidade ou conveniência é um problema vinculado ao instante, o qual altera o quadro de interesse público^[70].

Salienta-se que não há a imperiosidade da existência de inoportunidade e inconveniência. Poderá a situação fática tão somente apresentar-se inoportuna ou tão só inconveniente para a Administração Pública.

A oportunidade correlaciona-se com o aspecto temporal, já o vernáculo conveniente atrela-se ao sentido de utilidade e necessidade técnica do objeto.

Para explicitar melhor a situação frente ao cotidiano da gestão pública, pode-se vislumbrar a falta de oportunidade quando uma licitação não se faz mais necessária para o interesse público em razão do decurso de um prazo extenso para

[69] Para Adilson Abreu Dallari, a análise acerca da anulabilidade ou revogabilidade da licitação é feita em dois planos, iniciando-se sempre pela legalidade do procedimento licitatório. Assevera o autor que “constatado que a proposta tem condições para ser aceita, passa-se à segunda verificação: a conveniência e a oportunidade da aceitação da proposta, isto é, conveniência e oportunidade de a Administração firmar um contrato com o adjudicatário”. (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 194).

[70] CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à Lei Federal nº 8.666*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 306.

a concretização da licitação e, conseqüentemente, neste ínterim a Administração tenha obtido o objeto ou a consequência deste para a satisfação do interesse público. No mesmo sentido, a falta de conveniência atrela-se ao fato de o objeto tecnicamente não se mostrar mais apto à satisfação do interesse público, seja em razão da existência de uma nova tecnologia ou de algum fato superveniente que torne inútil o objeto sob o viés técnico.^[71]

Confrontar a oportunidade e conveniência no caso concreto não é uma tarefa fácil para os agentes públicos, isto porque é impreterível a sua concretização e exposição devidamente motivada em ato administrativo competente, sendo que, não raras vezes, a explicação desta circunstância posterior não é de fácil percepção e muito menos aposição no “papel”.

[71] Sempre é importante lembrar que a revogação, assim como a anulação depende de ampla defesa e contraditório prévios:

Revogação X anulação de licitação: razões para cada uma e necessidade de contraditório e ampla defesa em ambas

(...). Ao examinar a matéria, a unidade técnica destacou que em parecer que consta dos autos mencionam-se alguns dos possíveis motivos para a revogação da licitação em epígrafe: “valor orçado para os serviços; a falta de composição de custos unitários na planilha orçamentária; o aumento no custo da mão-de-obra e a inexistência de menção dos locais e quantidades de porteiros que os guarnecerão”. Ainda para a unidade técnica, os fatos elencados para o desfazimento da licitação levariam, então, à anulação desta, e não à sua revogação. Além do mais, na visão da unidade técnica, também não fora cumprido o comando constante do art. 49, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, uma vez que não se ofereceu aos eventuais interessados o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando da extinção do certame. No voto, o relator, ao manifestar sua concordância com a análise da unidade técnica, considerou que a revogação ocorreria de forma totalmente irregular, uma vez que “a motivação apresentada pelo responsável não respaldaria a revogação do certame, mas a sua anulação, tendo em vista a ocorrência das ilegalidades detectadas. Além disso, não foi concedido ao licitante o direito ao contraditório e à ampla defesa”. Ainda em face da situação, o relator destacou que “a jurisprudência desta Corte de Contas é segura no sentido de que, na hipótese de desfazimento do processo licitatório, por revogação ou anulação, assegura-se ao licitante vista dos autos e direito ao contraditório e à ampla defesa”. Assim, por esta e outras razões, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, o que foi acolhido pelo Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 32 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.211/10 – Plenário, TC-019.201/2005-4, Rel. Min. Augusto Nardes, 01.09.2010).

Por esta realidade, Régis Fernandes de Oliveira descreve acerca das dificuldades sobre a expressão oportunidade e conveniência, visto que é locução de conceitos vagos e de consequências imprecisas. Tanto que o citado autor diz que o conceito da expressão oportunidade e conveniência “não tem valor jurídico”^[72].

Conquanto existam críticas acerca das enormes dificuldades, não se pode furtar ou medrar obstáculos para a fuga do dever de motivação por parte da Administração Pública neste momento tão relevante, mormente para os licitantes e interessados no certame.

A Administração Pública deverá justificar de maneira clara e congruente quais são os motivos de oportunidade e conveniência após a deflagração do processo licitatório que lhe fazem mudar de ideia. Isto é, não basta simplesmente alegar “oportunidade e conveniência” e sim deverão ser explicitados e comprovados os fatos supervenientes ou de conhecimento superveniente que a vergam para a revogação do certame. Sobre a necessidade de fato superveniente, o Tribunal de Contas da União já deliberou:

A revogação de processo licitatório é condicionada à ocorrência de fato superveniente, devidamente comprovado, que justifique tal medida

“A licitação somente pode ser revogada por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado.” (...) Para o relator, todas as causas apontadas como motivo de revogação da licitação não justificariam tal decisão, pois não consistiriam no que é exigido pela Lei 8.666/1993 para tanto: fato superveniente, devidamente comprovado (art. 49, Lei 8.666/1993). Ilegal, portanto, a revogação da Concorrência nº 031/2008, no modo de ver do relator. Além disso, para o relator, “está cabalmente demonstrado nos autos o interesse da (omissis) em contratar escritórios que prestem serviços advocatícios nas áreas trabalhista e previdenciária, tendo em vista as contratações emergenciais e a abertura da Concorrência 1/2011, todas com o mesmo objeto da licitação revogada”. Por conseguinte, votou por que se fosse determinado à (omissis) que tornasse insubsistente o ato que revogou a

[72] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5 ed. São Paulo: RT, 2007, p.135.

Concorrência 031/2008, Lote 2, por falta de amparo legal, sem prejuízo da adoção de outras medidas, com vistas à correção da situação examinada, no que foi acompanhado pelo Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 58 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 955/11 – Plenário, TC-001.223/2011-4, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 13.04.2011).

Sobre o momento da revogação, o Tribunal de Contas da União deixa bem claro que esta poderá ocorrer a qualquer momento. Tanto é assim que expressa em seu Manual de Licitações e Contratos que: “o ato de revogar a licitação pode ser praticado a qualquer momento. É privativo da Administração licitadora. Não decorre de procedimento viciado”^[73].

A finalização da licitação pública com a sua homologação e adjudicação do objeto, nos termos do art. 43, VI, da Lei 8.666/93, não obsta a revogação. Isto é, a licitação poderá ser revogada antes da sua homologação ou posterior, desde que preencha os requisitos, pressupostos e condições para a existência do ato revogador.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou favoravelmente à revogação após a homologação da licitação, de acordo com o julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 30.481/RJ^[74]:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS HOMOLOGAÇÃO. PREÇO ACIMA DO MERCADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADA.

1. O Poder Público pode revogar o processo licitatório quando comprovado que os preços oferecidos eram superiores ao do mercado, em nome do interesse público.

[73] TCU. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 3 ed. Brasília: TCU, 2006, p. 187.

[74] Na mesma linha, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: MS 12.047/DE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 16.04.2007.

2. Para ultrapassar a motivação do ato impugnado seria necessária dilação probatória, incompatível com a estreita via do mandado de segurança.
3. O procedimento licitatório pode ser revogado após a homologação, antes da assinatura do contrato, em defesa do interesse público.
4. O vencedor do processo licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato. Tem mera expectativa de direito, não se podendo falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, previstos no § 3º do artigo 49 da Lei nº 8.666/93. Precedentes.
5. Recurso ordinário desprovido.
(RMS 30481 / RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 02.12.2009).

Outro julgado reflete a mesma posição:

“ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – REVOGAÇÃO APÓS ADJUDICAÇÃO.

1. No procedimento licitatório, a homologação é o ato declaratório pelo qual a Administração diz que o melhor concorrente foi o indicado em primeiro lugar, constituindo-se a adjudicação na certeza de que será contratado aquele indicado na homologação.
2. Após a adjudicação, o compromisso da Administração pode ser rompido pela ocorrência de fatos supervenientes, anulando o certame se descobertas ilicitudes ou revogando-o por razões de conveniência e oportunidade.
3. Na anulação não há direito algum para os ganhador da Licitação; na revogação, diferentemente, pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado pelas despesas realizadas.
4. Mandado de segurança denegado”.

(Superior Tribunal de Justiça, MS 12.047/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, j. em 28.03.2007, DJ 16.04.2007, p. 154).

Estas eram algumas observações acerca da revogação da licitação e principalmente para enfatizar a imperiosidade de motivação adequada e congruente em motivo superveniente ou de conhecimento superveniente para revogar uma licitação, seja antes ou após a adjudicação.

XXIX

CONTRATO X TERMO DE CONTRATO E INSTRUMENTOS EQUIVALENTES

É necessário realizar a diferenciação entre contrato e termo de contrato, uma vez que as confusões existentes no dia a dia da Administração Pública são comuns.

O contrato administrativo é o liame obrigacional que vincula a Administração Pública e o contratado para a execução de um objeto (fornecimento, prestação de serviços, serviços ou obra de engenharia ou alienação). Segundo o art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, “considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Marçal Justen Filho leciona que “o contrato administrativo é ato jurídico que se forma pela conjugação de vontades de duas ou mais partes, gerando direitos e obrigações para todas, algumas ou somente uma delas. Há similitude, mas não identidade, com o contrato de direito privado.” O autor, posteriormente, sintetiza que, apesar das discussões existentes na doutrina brasileira sobre a natureza e extensão do contrato administrativo, a expressão “indica a relação jurídica de que participa a Administração Pública, constituída a partir de um acordo de vontades, cujo objeto consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer.”^[75]

[75] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: 2005, p. 31.

Em linha similar, segundo Roberto Dromi, “contrato de la Administración es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.” O jurista argentino também descreve que para caracterizar um contrato administrativo é imprescindível que tal resulte: “a) del objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración; b) de la participación de un órgano estatal o de un ente público en ejercicio de la función administrativa, y c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.”^[76]

Por conseguinte, infere-se que contrato administrativo é o liame obrigacional entre a Administração e o contratado para a execução de um objeto (fornecimento, prestação de serviço, execução de obra ou serviço de engenharia ou alienação) sob o norte do regime jurídico administrativo.

Entretanto contrato administrativo não se confunde com termo de contrato. O contrato administrativo poderá ser formalizado por alguns instrumentos. Para tanto, faz-se necessário recorrer ao preceito legal insculpido no art. 62:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.
§ 1º. A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º. Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos

[76] DROMI, Roberto. *Licitación pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 26-27.

hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I. aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II. aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

§ 4º. É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Ante o dispositivo legal citado, conclui-se que o contrato administrativo de acordo com o regime jurídico brasileiro poderá ser celebrado por intermédio de termo de contrato ou por instrumentos equivalentes. O termo de contrato é aquele documento em que consta “de um lado contratante e de outro lado contrato os quais firmam o presente contrato conforme as cláusulas a seguir estabelecidas:”. Já os instrumentos equivalentes são ferramentas jurídicas utilizadas para externar e instrumentalizar o liame obrigacional entre a Administração Contratante e o terceiro contratado quando for possível nos termos da lei, sendo que habitualmente usam-se os seguintes documentos: nota de empenho, ordem de serviço, autorização de fornecimento, carta-contrato, autorização de compra, dentre outros.^[77]

[77] Em todo caso de despesa pública é necessário o empenhamento. O art. 58 da Lei 4.320 prescreve que “o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.” O empenhamento é a primeira fase da despesa pública (segunda fase liquidação e terceira o pagamento). De acordo com a Lei 4.320/64, “é vedada a realização de despesa sem prévio empenho” (art. 60) e “para cada empenho será extraído um documento denominado “nota de empenho” que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.” (art. 61). Desta feita, em todo e qualquer contrato administrativo é imprescindível a confecção de uma nota de empenho, ainda que o termo de contrato não seja substituído pela nota de empenho. Não se pode

O termo de contrato será obrigatório quando o valor do ajuste for acima da modalidade convite^[78] ou quando independentemente do valor do ajuste não for o caso de compra com entrega imediata, da qual não resulte obrigação futura, inclusive assistência técnica.

Entende-se como entrega imediata, para os fins da Lei 8.666/93 (art. 40, § 4º), “aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta”, contudo em razão de questões práticas e operacionais compreende-se como entrega imediata aquela com prazo de execução de até trinta dias, e não trinta dias a partir da data da apresentação da proposta. A diferença entre a prática e a questão da interpretação literal do § 4º do art. 40 da Lei 8.666/93 se faz imperiosa para permitir o uso da entrega imediata, pois do contrário dificilmente enquadrar-se-ia alguma situação concreta em “entrega imediata”.

Acerca do assunto, o Tribunal de Contas da União já se posicionou:

“O TCU considerou como imprópria, no âmbito do Hospital (omissis), a ausência de termo de contrato para compras com obrigações futuras, o que afronta o § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993”.

(Tribunal de Contas da União, item 1.7.1.1, TC-005.740/2011-8, Acórdão 7.166/11 – Primeira Câmara).

confundir a nota de empenho para fins de despesa pública nos termos da Lei 4.320 com a nota de empenho que, além de servir para fins de formalizar o empenhamento na primeira fase de despesa pública, presta-se também como substitutivo de termo de contrato para instrumentalizar o contrato administrativo. Em síntese: (i) em todo caso de termo de contrato existe previamente a confecção de nota de empenho, a qual exercerá o papel de organização da despesa pública e não para instrumentalizar o contrato administrativo e; (ii) nos casos possíveis de substituição de termo de contrato por outro instrumento equivalente, poderá a Administração Pública trocar o termo de contrato por nota de empenho, a qual valerá tanto para fins de externar o empenhamento como para instrumentalizar o contrato administrativo.

[78] O valor da modalidade convite é de R\$ 150.000,00 para obras e serviços de engenharia ou R\$ 80.000,00 para compras e serviços, de acordo com o art. 23, I, 'a' e II, 'a', da Lei 8.666/93.

Contratações com indícios de irregularidades: Situações que exigem termo de contrato

(...). Os gestores alegaram não haver necessidade de termo de contrato em razão do baixíssimo índice de utilização (escoltas e rondas) e das pequenas manutenções realizadas por dois usuários policiais, alegações que, segundo o relator, vieram desacompanhadas dos respectivos documentos comprobatórios. Em sua proposta de deliberação, destacou o relator que como regra, “a Lei nº 8.666/93 exige que os contratos e suas modificações sejam elaborados pelos órgãos ou entidades da administração por escrito, isto é, de forma solene, sendo o termo contratual obrigatório nos casos de tomada de preços, concorrência; na dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades tomada de preços e concorrência; e nas contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras (art. 62, caput e § 4º, da Lei nº 8.666/93)”. Noutras hipóteses, acrescenta, o termo contratual é facultativo, podendo ser substituído pelos instrumentos hábeis, a saber: carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (art. 62, caput, da Lei nº 8.666/93). A seu ver, também se pode “dispensar o termo de contrato nas compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, das quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor e da modalidade licitatória realizada (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993)”. Acolhendo proposta do relator, deliberou a Primeira Câmara no sentido de determinar à (omissis) que formalize seus contratos nos casos de tomada de preços e concorrência, bem assim na dispensa ou inexigibilidade de licitação cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades tomada de preços e concorrência, e nas contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras, de acordo com os comandos do art. 62, caput e § 4º, Lei nº 8.666/93. (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 4 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 589/2010-Primeira Câmara, TC-032.806/2008-3, Rel. Min. Subs. Marcos Bemquerer Costa, 09.02.2010).

A título complementar, impende alvitrar que a substituição de termo de contrato por outro instrumento equivalente não afasta o dever de a Administração Pública cumprir com a regra do artigo 61, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, e publicar o extrato de contrato.^[79]

A finalidade da aludida regra é publicizar o contrato administrativo e permitir que haja o controle externo, logo deverá haver a publicação do extrato do contrato, independentemente se foi instrumentalizado por termo de contrato ou instrumento equivalente. Sobre o assunto, o Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul possui a Súmula n. 30:

Súmula do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul n.º 30 – Contratos. Modificação do instrumento contratual. Ordem de execução de serviços. Ausência de publicação. Infringência à Legislação. Declaração de irregularidade e ilegalidade. Impugnação da despesa relevada. Aplicação de multa.

“A ADMISSIBILIDADE LEGAL DE QUE O ADMINISTRADOR PÚBLICO SE UTILIZE DE CARTA-CONTRATO, NOTA DE EMPENHO DA DESPESA, AUTORIZAÇÃO DE COMPRA, ORDEM DE EXECUÇÃO OU ORDEM DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS, EM SUBSTITUIÇÃO AO INSTRUMENTO CONTRATUAL, NÃO DESOBRIGA DA RESPECTIVA PUBLICAÇÃO RESUMIDA NA IMPRENSA OFICIAL, COM VISTAS À EFICÁCIA DO ATO E AO RESGUARDO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DA LEGALIDADE.”

[79] **Art. 61.** Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal submetidos à assessoria jurídica da Advocacia Geral da União podem deixar de publicar o extrato do contrato quando se tratar de contratação direta (dispensa e inexigibilidade de licitação), conforme orientação normativa abaixo transcrita:

Orientação Normativa/AGU nº 33, de 13.12.2011 (DOU de 14.12.2011)
– O ato administrativo que autoriza a contratação direta (art. 17, §§ 2º E 4º, art. 24, inc. III e seguintes, e art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993) deve ser publicado na imprensa oficial, sendo desnecessária a publicação do extrato contratual.

Estas eram breves considerações sobre a relevância da diferenciação entre contrato administrativo e termo de contrato.

XXX

O DIREITO DE ACESSO ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS E AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A acessibilidade e a publicidade em geral são assuntos instigantes, ainda mais quando se está diante da prática e do dia a dia dos licitantes e interessados perante a Administração Pública. Para tanto, será feita uma explicação acerca do porquê da publicidade e de onde nasce o direito de qualquer um do povo de ter acesso aos atos administrativos.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece em seu art. 1º que a “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”. Quando se fala em República não se pode esquecer da etimologia latina da palavra *respublica*, a qual significa coisa de todos. Segundo o dicionário é “s.f. Negócios Públicos; governo de um Estado; forma de governo em que o poder supremo é exercido, durante tempo limitado por um ou mais indivíduos eleitos pelo povo.”^[80]

Da mesma forma, lembra-se das sempre sábias palavras do saudoso Geraldo Ataliba:

“A partir da consciência cívica da titularidade da res publica e da convicção de igualdade fundamental entre todos os cidadãos, estruturou-se o Estado Brasileiro na base da ideia de que o governo seria sujeito à lei

[80] *Dicionário Moderno da Língua Portuguesa* (Organizado por Afonso Telles Alves). São Paulo: Edições Úteis, p. 879.

e esta haveria de emanar do órgão da representação popular. Destarte, o formidável poder que os cidadãos conferiram ao Estado há de ser exercido por órgãos autônomos e independentes entre si, com funções delimitadas, e jamais poderá ser exercido (tal poder) de modo a sobrepassar certas barreiras, postas como seu limite no próprio texto expressivo dessa manifestação de vontade criadora do Estado.”^[81]

Desse modo, a partir do primeiro artigo da Constituição já se pode deduzir o princípio republicano que possui uma relevância ímpar para o Estado Brasileiro. Em uma república, deve-se primar pelo atendimento dos interesses do povo. Seguindo o raciocínio na ideia de bem comum e coisa de todos, afirma-se que o exercício das prerrogativas e de qualquer função pública deverá refletir a vontade do povo. Fala-se na vontade do povo para fins de legitimar o interesse público. Até porque, o interesse público é o interesse de cada um do povo na sua dimensão pública, ou seja, o interesse de cada um pensado como integrante da sociedade. Confirmando todo este pensamento, o próprio parágrafo único do art. 1º da Constituição preconiza que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Neste viés da concepção do princípio republicano, extraem-se outros diversos princípios também explícitos ou implícitos na Constituição. Dentre eles constata-se o princípio da publicidade consoante os termos do *caput* do art. 37 da Constituição.

O referido princípio impõe que os atos praticados pela Administração Pública Direta e Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão ser, como regra, públicos – acessíveis aos olhos de todo cidadão. Ora, nada mais justo que alguém que exerça uma função pública preste contas e torne públicos os seus atos no exercício da função. Exercício de função é a

[81] ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121.

realização de atividades em nome de outrem. Como a Administração Pública age em nome e em prol do povo, este tem o direito e dever de tomar conhecimento dos atos para inclusive fiscalizar e controlá-los.

Agregado ao art. 37, caput, o art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil determina:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIII. todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

A conclusão é muito clara: a publicidade é regra. O sigilo é exceção que somente poderá ser considerado lícito quando for imprescindível à segurança da sociedade, quando incompatível com o interesse social ou quando determinado pelo Poder Judiciário para tutelar a defesa da intimidade (por exemplo, processo de família envolvendo uma criança nos termos do art. 5º, LX, da Constituição).

Não fosse suficiente o mandamento constitucional, a Lei de Licitações preceitua no art. 63 que é direito de qualquer licitante tomar conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório, bem como cópia autenticada mediante o pagamento dos emolumentos devidos

Art. 63. É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos.

Como o licitante é alguém do povo ou é uma empresa que é integrada por membros do povo, nem haveria necessidade de existir a disposição do art. 63, porém o legislador quis deixar bastante claro e cristalino o dever de acesso e publicidade da licitação e dos contratos consequentes.

Não se pode ter uma interpretação meramente literal do dispositivo, mas sim uma interpretação sistemática e finalística do comando normativo em tela. Ora, o fundamento da publicidade dos atos administrativos é justamente o fato de o poder emanar do povo e que toda a atuação administrativa é concebida em favor dele. Nesta diretriz, ainda que o dispositivo legal somente mencione cópia de licitação, nada mais justo do que o acesso ser amplo para qualquer contratação e processo administrativo, seja decorrente de licitação ou de contratação direta (dispensa e inexigibilidade).

Claro que a fotocópia não poderá ser as expensas de toda a coletividade, razão pela qual não deve ser arcada pela Administração, pois, do contrário, um do povo em função de seu direito e interesse egoístico estaria prejudicando todo o resto. Em outras palavras, se a Administração custeasse as despesas e os emolumentos para fotocópias estaria dispondo do interesse público. Logo, a fotocópia dos autos do processo licitatório, do contrato e do processo de contratação direta é um direito de qualquer pessoa que deverá custear os gastos decorrentes do exercício desse direito. A título ilustrativo, recomenda-se a regulamentação interna em cada órgão ou entidade da Administração Pública como deverá ser feita a fotocópia e o seu valor, bem como os procedimentos necessários (por exemplo, emissão de guia, etc.). Para completar, não se pode esquecer que alguns órgãos e entidades optam por enviar um agente público para acompanhar o interessado para retirar fotocópia em local próximo à estrutura física da Administração (por exemplo, acompanhando na papelaria mais próxima do prédio administrativo).

Contudo o direito de acesso e publicidade da licitação, da contratação direta e dos contratos também encontra guarida em outras diversas legislações.

A Lei Complementar 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece que:^[82]

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: (Incluído pela Lei Complementar 131, de 2009).

I. quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; (Incluído pela Lei Complementar 131, de 2009).

II. quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Parágrafo único. A prestação de contas da União conterá demonstrativos do Tesouro Nacional e das agências financeiras oficiais de fomento, incluído o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, especificando os empréstimos e financiamentos concedidos com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social e, no caso das agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício.

A Lei 12.527/11, conhecida como a Lei de Acesso à Informação, também estatui, como forma de controle social e fomento à cultura da transparência na

[82] A Lei Complementar 131/09 que alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal ficou conhecida como Lei da Transparência.

administração pública, que é direito de qualquer cidadão o acesso à informação sobre licitações e contratos administrativos:

Art. 7º. O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

(...)

VI. informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

Seguindo toda esta linha de raciocínio, que encontra amparo no sistema jurídico brasileiro, convém colacionar, de maneira exemplificativa, um julgado do Tribunal de Contas da União, um do Supremo Tribunal Federal e um do Superior Tribunal de Justiça, todos no sentido de assegurar a publicidade e o dever de acesso aos autos do processo licitatório:^[83]

Acórdão

1.5. Determinar à (omissis) que:

1.5.1. ao dar continuidade ao Pregão Eletrônico nº 0331/2008, se abstenha:

(...)

b) de negar vistas do processo aos licitantes ou interessados, por infringir o art. 63 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002;

1.5.2. em futuros certames licitatórios, se abstenha:

(...)

b) de negar vistas do processo aos licitantes ou interessados, por infringir o art. 63 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002.

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 156/10 – Primeira Câmara, Relator Ministro José Múcio Monteiro).

- REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LICITAÇÕES. INFORMAÇÕES A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. NÃO

[83] Todas as decisões colacionadas neste breve ensaio constam na obra *Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência* (Editora Negócios Públicos, 2013).

OFENDE O ART. 70 E PARAGRAFOS DA CONSTITUIÇÃO A REGRA EDITADA PELO LEGISLATIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO, DETERMINANDO QUE SE PRESTEM INFORMAÇÕES A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA ACERCA DE LICITAÇÕES CUJO OBJETO ALCANCE CERTA DIMENSÃO MONETÁRIA. NÃO SE ESTABELECE, NO DIPLOMA EM EXAME, UM SISTEMA DE CONTROLE PARALELO AO QUE PREVE A CARTA DA REPUBLICA. CUIDA-SE APENAS DO EXERCÍCIO DO DIREITO A INFORMAÇÃO SOBRE OS NEGOCIOS PUBLICOS, QUE NÃO SE PODE RECUSAR AO PARLAMENTO.

(Supremo Tribunal Federal, Rp 1002, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgado em 03.06.1987).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. EXEGESE DO ART. 63 DA LEI N. 8.666/93. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FORNECIMENTO DE CÓPIA DO PROCESSO LICITATÓRIO A QUALQUER INTERESSADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que denegou a ordem em writ, cuja postulação está centrada na omissão da administração pública em fornecer cópia de processo licitatório, pedido com base nos arts. 3º e 63 da Lei n. 8.666/93.
2. O impetrante, vereador, solicitou uma cópia de processo licitatório da administração pública estadual com menção explícita ao art. 63 da Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93), cujo teor franqueia a qualquer interessado tal direito; logo, não há como acatar a tese de que tal pedido ensejaria a violação da autonomia entre os entes federados.
3. Não se exclui a possibilidade de a administração pública exigir emolumentos para fornecer a cópia, ou, ainda, que poderia realizar o fornecimento parcial, com vistas a proteger eventual sigilo, desde que este estivesse demonstrado; porém, a omissão em fornecer cópia do processo licitatório caracteriza, violação dos arts. 3º e 63 da Lei n. 8.666/93, bem

como o princípio da publicidade, tal como está insculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal.

4. A Primeira Seção julgou impetração que tratou de situação similar: pedido de informações sobre a contratação e a execução de serviços por ente estatal; ficou consignado que o marco constitucional é bastante e suficiente para garantir o acesso às informações públicas, desde que não haja sigilo. Precedente: MS 16.903/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 19.12.2012. Recurso ordinário provido.

(Superior Tribunal de Justiça, RMS 33.040/PB, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19.03.2013, DJe 26.03.2013)

Pelo exposto, conclui-se que é direito de qualquer um do povo e dever da Administração Pública oportunizar acesso aos autos do processo licitatório, da contratação direta ou do contrato administrativo sem a necessidade de justificativa do requerente ou apresentação de qualquer documento extra, lembrando também que é dever do interessado arcar com as custas decorrentes para a fotocópia, indenizando a Administração Pública^[84].

[84] Em valor compatível com as despesas. Por exemplo, não é possível cobrar R\$ 1,00 por folha xerocada.

XXXI

ALTERAÇÃO CONTRATUAL PARA INCLUIR ITENS NOVOS NO DECORRER DA EXECUÇÃO CONTRATUAL

A inclusão de itens novos durante a execução contratual quando tais itens (insumos ou serviços) não estiverem previstos inicialmente no contrato administrativo é um assunto que merece algumas considerações. Inicialmente transcreve-se o art. 65, § 3º, da Lei de Licitações:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

§ 3º. Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

Conforme se observa da dicção do dispositivo acima, a Lei prescreveu que a alteração quantitativa e qualitativa que insira um serviço ou um insumo novo, não previsto na planilha inicial do ajuste e por lógico na proposta do licitante vencedor, ora contratado, deverá respeitar os seguintes requisitos: (i) para a ocorrência de alteração quantitativa e qualitativa é indispensável motivo de ordem técnica devidamente justificado nos autos do processo administrativo, além de que não haja transfiguração do objeto licitado, bem como exista congruência lógica entre o motivo e a consequência (aditivo) e respeito aos direitos adquiridos pelo contratado; (ii) observância do limite legal de 25% para

as alterações, ressalvada a hipótese de reforma de edifício ou de equipamento que é 50%; e (iii) proporcionalidade na fixação dos valores dos insumos e serviços novos.

Quanto à proporcionalidade, esta será analisada pela necessidade do aditivo, pela adequação entre os insumos e serviços inseridos e as suas respectivas finalidades para a consecução do objeto contratado e pela proporcionalidade em sentido estrito (justeza da medida adotada) que se constata se era a medida justa para o caso concreto. Tal princípio busca ponderar a intensidade de atuação. No caso concreto de aditivo para a inclusão de insumos ou serviços não contratados inicialmente, a Administração Pública avaliará a intensidade, tanto do ponto de vista do quantitativo inserido quanto aos valores atribuídos para tais novos itens.

Caso a Administração Pública consiga deduzir a partir da proposta do licitante qual seria o montante de desconto concedido por ele, para ganhar o certame, então deverá fazer uma pesquisa de mercado a fim de saber o preço médio do novo insumo ou do serviço e aplicar o referido percentual. Para chegar ao percentual médio de desconto durante o processo licitatório, é indispensável que a pesquisa de mercado seja consentânea à época do certame. Ou seja, não adianta fazer a pesquisa de mercado depois de celebrado o contrato. Imagine-se, por exemplo, após sete meses da elaboração da proposta seja realizada a pesquisa de mercado para fazer uma (falsa) comparação com o preço médio agora do insumo ou serviço.

Doutro lado, caso a Administração Pública infira o percentual médio de desconto concedido pelo licitante, ora contratado, com base numa tabela fixa (como, por exemplo, o SINAPI) ou pela proposta do licitante que tenha fixado um percentual estanque de desconto sobre a tabela, então agora deverá recorrer ao percentual estipulado e aplicá-lo ao novo insumo ou serviço que esteja na tabela.

Sobre o assunto, insta destacar o Acórdão 855/16 – Plenário de relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

Os aditivos para inclusão de serviços novos (art. 65, § 3º, da Lei 8.666/1993) devem observar, no mínimo, o mesmo desconto inicial do ajuste, ou seja, a mesma diferença percentual entre o valor global contratado e aquele obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência aplicável.

No âmbito de tomada de contas especial, instaurada em face de irregularidades verificadas na condução de convênios firmados pela Funasa com o Município de Boa Esperança/MG, para a construção de sistema de esgotamento sanitário, deliberou o Tribunal (Acórdão 1.114/2014 Primeira Câmara) julgar irregulares as contas do prefeito à época da gestão e condená-lo, solidariamente com outros responsáveis, ao ressarcimento de débito, aplicando-lhe multa. A condenação decorreu da celebração de termo aditivo que não mantivera o percentual de desconto obtido na licitação, em afronta à legislação. Interpôs o ex-prefeito recurso de revisão, que não foi conhecido por ausência de requisitos de admissibilidade (Acórdão 422/2016 Plenário), resultado com o qual o responsável não se resignou, opondo Embargos de Declaração, objeto da deliberação ora em comento. Alegou o embargante que as hipóteses de cabimento do recurso de revisão estendem-se aos casos de ação rescisória previstos no CPC, dentre os quais a violação literal de dispositivo legal, na qual o TCU teria incorrido ao desrespeitar o art. 65, § 3º, da Lei 8.666/1993, por não ter admitido alterações qualitativas no objeto do contrato via termo aditivo. O relator refutou o cabimento do recurso de revisão e acrescentou que, ainda que fosse possível superar o óbice legal à admissibilidade, não houve violação por parte do Tribunal do dispositivo da Lei de Licitações em questão. Segundo destacou, “o dispositivo invocado prevê que, se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes. Evidente que sua interpretação deve ser feita em conjunto com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 12.309/2010), de forma que não haja redução do desconto obtido na licitação”. Concluindo este ponto, transcreveu o

relator parte de seu pronunciamento lançado na deliberação embargada, no qual declara que, conforme já decidira o TCU (Acórdãos 2.466/2009 Plenário e 2.440/2014 Plenário), a inclusão de serviços novos na planilha orçamentária “deve observar, no mínimo, a mesma diferença percentual entre o valor global contratado e aquele obtido a partir dos custos unitários do Sinapi”. Submetidos os embargos à apreciação do Colegiado, foram conhecidos, porém rejeitados no mérito.

(Informativo de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União nº 282, Acórdão 855/16 – Plenário, Embargos de Declaração, Relator Ministro Benjamin Zymler).

No caso ora mencionado, o Tribunal de Contas da União determinou que se busque na tabela SINAP (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil) o valor e aplique o desconto médio usado pelo contratado quando da formulação de sua proposta. Salienta-se que, conforme dito pelo Ministro Relator Benjamin Zymler, existe no âmbito federal uma limitação de preços para serviços contratados com recursos do Orçamento Geral da União com esteio no SINAPI, conforme previsto na Lei de Diretrizes Orçamentárias de anos pretéritos, regra repetida até 2013 quando foi editado o Decreto Federal nº 7.983/2013. Neste Decreto há a seguinte previsão:

Art. 3º. O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal – CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Dessa maneira, conclui-se que se for incluso algum serviço ou insumo não avençado no contrato (consequentemente não estava previsto no edital e nem na proposta do licitante, ora contratado), a Administração Pública deverá averiguar se o preço deste novo item está em conformidade com o valor de mercado e, caso, especificamente, seja possível de se medir qual foi o desconto da proposta do contratado por uma tabela fixa, então o novo item deverá guardar a mesma correspondência (proporcionalidade de percentual) ante a tabela.

Posteriormente, nunca é demais lembrar que os aditivos contratuais, inclusive para alterações quantitativas e qualitativas, deverão ser examinados do ponto de vista jurídico pelo órgão competente (procuradoria ou assessoria jurídica), lavrado com as devidas justificativas, autorizado pela autoridade competente e publicado o seu extrato nos termos do artigo 61, parágrafo único, da Lei de Licitações.

Para finalizar, colacionam-se alguns outros julgados na mesma direção sobre a inserção de insumo ou serviço novo em sede de alterações contratuais:

Os aditivos devem observar os preços de serviços e insumos firmados no contrato e, caso estes não constem do ajuste, devem ser consentâneos com os preços praticados no mercado.

(...) Amparada na jurisprudência do TCU, afirmou que “os aditivos devem observar os preços já firmados no contrato. Quando os serviços acrescidos tiverem insumos originalmente constantes da avença, devem seguir o preço já ajustado e, se inexistentes no desenho inicial, os itens aditados devem ter preço consentâneo com o praticado no mercado”. Diante da ausência das planilhas detalhadas do contrato e dos aditivos, não houve como se avaliar a economicidade do ajuste. (...)

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 161 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.919/13 – Plenário, TC 006.282/2013-0, relatora Ministra Ana Arraes, 24.07.2013).

A inclusão de novos serviços, mediante termos aditivos, deve observar o valor médio de serviços similares presentes nos demais lotes de uma mesma licitação, em atendimento ao que determina o Acórdão 2013/04 – Plenário, bem como ao disposto no § 6º do art. 109 da Lei 11.768/08, mantendo-se, no que se refere ao valor total contratado, o percentual de desconto oferecido no certame licitatório.

(...) O Tribunal, ao deliberar, acolheu a proposição do relator, expedindo determinações destinadas à recomposição do erário e aos ajustes necessários nas composições de preços unitários, consignando no corpo das determinações expedidas que “quando da inclusão de novos serviços, observe o valor médio de serviços similares presentes nos demais lotes da mesma licitação, em atendimento ao que determina o Acórdão 2013/2004 – TCU – Plenário, cuidando, ainda, de observar o disposto no § 6º do art. 109 da Lei 11.768/2008, no sentido de que, no que se refere ao valor total contratado, seja mantido o percentual de desconto oferecido no certame licitatório”.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 159 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.754/13 – Plenário, TC 007.407/2009-9, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 10.07.2013).

“Determinação a uma prefeitura municipal, relativamente ao repasse de recursos via convênio, para que submeta previamente à FUNASA as compensações dos valores correspondentes a serviços não executados ou executados de forma diversa da especificada, com outros serviços de utilidade para as obras de saneamento do município e, caso aprovado, formalize as compensações mediante termo aditivo ao contrato com a empresa privada construtora, observadas as regras da Lei nº 8.666/1993”.

(Tribunal de Contas da União, item 9.2, TC-010.734/2011-2, Acórdão 711/12 – Plenário).

Itens novos em contratação de obra pública: adoção dos preços unitários dos sistemas de referência

(...). De acordo com o relator, a regra estabelecida nas recentes LDO's visa à manutenção do percentual de desconto global ofertado pela con-

tratada sobre o preço orçado pela Administração com base nos custos dos sistemas de referência (Sinapi e Sicro), em decorrência de modificações introduzidas por termos de aditamento. Desse modo, a aplicação do aludido regramento depende da verificação exata do balanço contratual após as alterações, “o que não é possível apenas pelo exame de um item da planilha, como é o caso”. Segundo o relator, a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que itens novos em contratação de obra pública devem ter como limite os preços unitários dos sistemas de referência, prioritariamente o Sinapi e o Sicro. Nesse contexto, a metodologia apresentada pela unidade instrutiva, baseada em preço unitário constante do orçamento-base do (omissis), “amolda-se à jurisprudência deste Tribunal”, à exceção da questão atinente ao desconto global ofertado pela contratada na licitação. Ao final, o relator votou pela fixação de prazo ao (omissis) para promover, no que se refere ao Contrato nº TT-189/2004 (Lote 27), previamente ouvida a contratada, a repactuação do preço unitário do item “espalhamento de solos em bota-fora”, limitando-o a R\$ 0,86/m³ (data-base: agosto de 2003), sem prejuízo de a entidade adotar as providências necessárias com vistas ao ressarcimento do débito, por meio de descontos em faturas vincendas, se houver saldo contratual, ou pela instauração de tomada de contas especial. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos nºs 394/2003, 172/2004, 1.755/2004, 468/2006, 554/2008, 1.663/2008 e 993/2009, todos do Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 44 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 3.134/10 – Plenário, TC-006.551/2008-0, Rel. Min. Augusto Nardes, 24.11.2010).

XXXII

ALTERAÇÃO QUANTITATIVA: Acréscimos, Supressões e Compensações de Acordo com o Tribunal de Contas da União

Uma questão que sempre chama a atenção na gestão de contratos administrativos é a alteração quantitativa e como deve ser feito o cálculo do percentual legal.

Explica-se.

A Lei de Licitações estabelece em seu art. 65, I e parágrafo primeiro que:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I. unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

(...)

§ 1º. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Pelo preceito legal, verifica-se que a Administração Pública poderá alterar unilateralmente o contrato administrativo a fim de acrescentar até o limite de 25% do objeto em todo caso, exceto reforma de equipamento ou reforma de edifício que é 50%. No caso de supressão, a baliza máxima unilateral é de 25%, contudo não há óbice para que exista supressão acima deste montante desde que haja consenso entre o contratante e o contratado.

Especificamente sobre acréscimo contratual, imperioso destacar que os percentuais suscitados representam uma barreira insuperável, seja por alteração quantitativa ou qualitativa.^[85] O limite para acréscimo contratual é uma norma que deverá ser respeitada, sob pena de violar gravemente vários princípios do regime jurídico-administrativo, dentre eles os da isonomia, compe-

[85] A título complementar, lembra-se que o Tribunal de Contas da União possui a Decisão nº 215/99 como parâmetro para permitir o ultrapasse do percentual nos casos de alterações qualitativas consensuais:

“Nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeito cumulativamente os seguintes pressupostos:

I. não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II. não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III. decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV. não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V. ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, À otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômico decorrentes;

VI. demonstrar-se na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que ultrapole os limites legais mencionados na alínea ‘a’, supra que as conseqüências de outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.”

titividade e moralidade. Imagine que uma empresa não participa da licitação para a prestação de serviços no importe de R\$ 24.000.000,00 ao ano e daqui a pouco vê o contrato sendo acrescido e passa a totalizar o valor de R\$ 42.000.000,00 ao ano. Abre-se parêntese que o exemplo usado neste ensaio refere-se tão somente à modificação contratual para fins de acréscimo, e não para fins de revisão, reajuste, repactuação, etc..

Da mesma forma, analisando os dispositivos legais e os princípios do regime jurídico-administrativo, verifica-se que não é possível em um contrato administrativo ocorrer compensações entre supressões e acréscimos, conforme orientação do Tribunal de Contas da União:

As reduções ou supressões de quantitativos devem ser consideradas de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no art. 65 da Lei 8.666/93.

Ainda na Auditoria realizada na (*omissis*), com o objetivo de verificar as obras de construção da Ferrovia Norte-Sul, no trecho Anápolis-Uruaçu/GO, fora verificada em dois contratos a adoção de acréscimos contratuais superiores aos limites legais previstos no art. 65, §1º, da Lei 8.666/93. Em um deles, *“o terceiro, quinto e sétimo termos de aditamento promoveram, em conjunto, supressões e acréscimos de serviços de, respectivamente, 71,49% e 96,45% em relação ao valor original do contrato”*. Em outro, *“foram procedidas supressões de 30,55% e acréscimos de 51,08%”*. Realizado o contraditório, alegaram os responsáveis que *“foi observada a disposição da Lei 8.666/1993, que não especifica que os acréscimos e supressões devam ser contabilizados de forma individual e sim sobre o valor contratual”*. Segundo o relator, *“tais percentuais foram calculados pela equipe de auditoria segundo jurisprudência consolidada desta Corte de Contas, no sentido de que as reduções ou supressões de quantitativos devem ser consideradas de forma iso-*

lada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no art. 65 da Lei 8.666/1993". A unidade instrutiva propôs o acolhimento da defesa *"com base em entendimento adotado pelo TCU no Acórdão 3.105/2013-TCU-Plenário, o qual respondeu consulta formulada pelo Ministério dos Transportes que é juridicamente viável a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos contratos referentes a obras de infraestrutura celebrados antes do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010 - Plenário por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes".* Analisando o mérito, divergiu o relator da manifestação da unidade técnica, ante as particularidades do caso concreto. Ademais, lembrou *"o Acórdão que responde à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto".* Como registrado pela equipe de fiscalização, prosseguiu, a *"situação encontrada alterou significativamente os quantitativos dos projetos inicialmente contratados, ocasionando relevantes alterações em relação ao projeto básico originalmente licitado. Do contrato 14/2006, por exemplo, permaneceu na planilha menos de 29% do objeto originalmente licitado. Embora não tenha ocorrido variação superior a 25% do valor inicial do contrato, o objeto licitado foi profundamente alterado".* Outrossim, *"há evidências de que houve supressão de itens que eram essenciais para a conclusão do objeto ou à integridade da ferrovia (proteção vegetal de taludes e drenagem) em alguns pontos, causando perda de serviços já realizados".* Dessa forma, *"a supressão de serviços indispensáveis para a operação da ferrovia teve como único objetivo aumentar a margem para acréscimos de serviços, de forma que o valor final do contrato não superasse em mais de 25% o seu valor original".* Nesses termos, e em harmonia com a solução adotada na prolação do Acórdão 1.910/2012-Plenário, que multou os referidos responsáveis por falha idêntica, o Tribunal, dentre outras deliberações, aplicou aos responsáveis pelas alterações contratuais irregulares a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92.

Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.498/15 – Plenário, TC 011.287/2010-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.06.2015.

A linha de raciocínio supra decorre de uma interpretação teleológica e sistemática que prenuncia a impossibilidade de qualquer alteração quantitativa ou qualitativa desfigurar o objeto inicialmente convencionado.

Neste prumo, não é possível que seja admitida a compensação entre acréscimos e supressões para apreciar a obediência do limite percentual estampado no artigo 65, § 1º, da Lei de Licitações, sob pena de desvirtuar o princípio da isonomia quando da deflagração do processo licitatório e do princípio do planejamento estatal que deve servir de norte para a Administração Pública em toda a sua atuação.

Por questões didáticas, exemplifica-se o dever de planejamento e a impossibilidade de compensações: a contratação de uma obra no valor de R\$ 10.000.000,00 não está submetida durante a sua execução aos limites de R\$ 7.500.000,00 (mínimo) e R\$ 12.500.000,00 (máximo) para fins de alteração contratual quantitativa e/ou qualitativa, mas sim encontra-se submetida também ao limite intrínseco do objeto, razão pela qual não se permite qualquer transfiguração ao que foi inicialmente ajustado.

Ou seja, não quer dizer que o valor final da obra foi de R\$ 11.800,00 após cinco aditivos para concluir de maneira simplista que obedeceu ao comando do artigo 65, § 1º, da Lei de Licitações, isto porque poderia ter acontecido que um aditivo tivesse extrapolado o limite de 25% e outro aditivo compensado financeiramente.

Dessa maneira, quando da averiguação dos aditivos de acréscimos e supressões, é indispensável que seja avaliado de maneira individualizada cada alteração de acordo com o serviço ou insumo acrescido ou suprimido para então inferir sobre a legalidade ou não. Vale ainda lembrar que a Súmula nº 261 do Tribunal de Contas da União preceitua como prática ilegal a transformação do projeto básico e/ou do projeto executivo durante a execução, até porque

é uma burla ao planejamento inicial e, de maneira reflexa, aos princípios da isonomia, da moralidade, da economicidade^[86] e da competitividade:

Súmula 261 – Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, **constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.**

[86] Fala-se em economicidade, uma vez que as vezes ao examinar um projeto básico bastante alterado durante a execução contratual e observando as planilhas da licitação, chega-se à conclusão de que o contratado não seria o mesmo (vencedor) caso o projeto executado tivesse sido o projeto básico licitado.

XXXIII

RETENÇÃO CAUTELAR DE PAGAMENTOS DEVIDOS À CONTRATADA EM DECORRÊNCIA DE INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIAS

O assunto de retenção de pagamento de contratado tem despertado uma série de discussões no Poder Judiciário e nas Cortes de Contas na última década. A atual posição majoritária na jurisprudência é de que não se deve reter o pagamento devido ao contratado em virtude da falta de algum documento.

O Tribunal de Contas da União no final de 2015 deliberou, a partir de um voto de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, pela licitude da previsão contratual de retenção pela Administração de pagamentos devidos à contratada em decorrência de débitos trabalhistas e previdenciários correspondentes ao pagamento dos funcionários terceirizados no curso da execução contratual.

É lícita a previsão contratual de retenção pela Administração de pagamentos devidos à contratada em valores correspondentes às obrigações trabalhistas e previdenciárias inadimplidas, incluindo salários, demais verbas trabalhistas e FGTS, relativas aos empregados dedicados à execução do contrato.

Representação formulada por licitantes noticiara supostas irregularidades cometidas pela (*omissis*), no âmbito do Pregão Presencial 14/2013, destinado à contratação de empresa responsável pela coleta seletiva, transporte e destinação final de resíduos. Entre as falhas consideradas não elididas, a unidade técnica do TCU apontou a ocorrência de “retenção

de valores devidos à contratada, em decorrência de propositura de ações trabalhistas” e propôs que essa previsão fosse excluída do edital, por considerá-la incabível. Embora também tenha se posicionado pela irregularidade especificamente dessa previsão, ponderou o relator que “não procede o argumento de que a retenção de pagamentos devidos à contratada é ilegal, por não constar do rol do art. 87 da Lei 8.666/1993. A retenção de pagamentos não integra as hipóteses contidas no referido preceito legal exatamente por não se caracterizar uma sanção administrativa. A natureza da retenção é preventiva e acautelatória. Destina-se a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações trabalhistas cause prejuízo ao erário. Tanto não é sanção que, comprovados os pagamentos das obrigações trabalhistas, os valores retidos são imediatamente liberados. Os valores retidos têm somente duas destinações possíveis: pagamento à contratada, assim que comprovar que cumpriu suas obrigações, ou pagamento aos seus empregados, caso as circunstâncias assim recomendem”. Argumentou ainda o relator que “a retenção integral dos pagamentos à contratada só é admissível nas hipóteses de inadimplemento de obrigações trabalhistas com valores superiores aos devidos pela Administração e de desconhecimento do montante inadimplido” e salientou que “a retenção integral não pode dar-se por prazo indeterminado, à exceção da hipótese de inadimplemento em valores superiores aos devidos à Administração, justamente para não caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Como regra, a medida deve ser mantida por prazo suficiente para quantificação das obrigações não adimplidas, após o que deverá ser convertida em retenção parcial”. Nesse passo, entendeu o relator que convém “prever, no instrumento convocatório e na minuta de contrato, retenção e pagamento direto aos empregados, para que as prestadoras de serviços continuados não possam alegar que desconheciam essas faculdades ao elaborar suas propostas”. No entanto, no caso específico dos autos, a cláusula questionada previa retenção dos valores reclamados judicialmente pelos empregados, os quais, segundo o relator, não apresentam necessariamente correspondência com os efetivamente devidos pela empresa, costumando ser bem mais elevados dos que os

devidos, de sorte que a retenção se mostraria desproporcional e onerosa. Diante dessas observações, acolheu o Plenário a proposta do relator de determinar à (omissis) que republicasse o edital apenas após a adoção de algumas medidas saneadoras, dentre as quais a exclusão da cláusula em apreço. Na mesma assentada, o Tribunal recomendou à (omissis) que adotasse os seguintes procedimentos, para se resguardar contra dívidas trabalhistas da prestadora de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra (subitem 9.3 do decisor): a) prever nos contratos, de forma expressa: autorização para retenção de pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas pela contratada, incluindo salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, concernentes aos empregados dedicados à execução do contrato; autorização para realização de pagamentos de salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos empregados da contratada, bem assim das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos; provisionamento, em conta vinculada, de valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, na forma prevista no art. 19-A, inciso I, da IN/SLTI/MP 2/08, com redação dada pela IN/SLTI/MP 6/13; b) depositar os valores retidos cautelarmente junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento dos salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria Administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento; c) fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure pagamento de: prejuízos advindos do não cumprimento do contrato; multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada; prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; e obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada; d) caso sobrevenham, durante a vigência contratual, ações trabalhistas promovidas por empregados dedicados ao ajuste, considerando o teor dos pleitos, investigar se há irregularidades no pagamento de verbas trabalhistas, solicitando os

documentos correspondentes (vide art. 34, § 5º, inciso I, “c”, da IN/SLTI/MP 2, com redação dada pela IN/SLTI/MP 6); comprovada a inadimplência, reter pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas.

(Informativo de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União nº 271, Acórdão 3.301/15 – Plenário, TC 033.728/2013-5, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 09.12.2015).

In casu, o Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues arrazoou que a cláusula editalícia ao prever a retenção de pagamentos, caso não comprovado o adimplemento junto aos funcionários ou órgãos oficiais responsáveis (INSS, Caixa, etc.), é lícita e visa acautelar possível prejuízo futuro ao erário.

Ademais, não se pode confundir a retenção em questão com a sanção administrativa, já que esta representa uma consequência jurídica restritiva de direitos pelo cometimento de uma infração. Por sua vez, para aplicar qualquer sanção é indispensável que esteja prevista na lei. A Lei de Licitações preceituou nos arts. 86 e 87 as penalidades cabíveis para os licitantes e contratados, sendo que lá não existe a prescrição de retenção de pagamento. Somente o art. 80, inc. IV, da Lei 8.666/93 trata de reter os créditos do contratado no caso específico de rescisão unilateral e desde que seja para assegurar os prejuízos decorrentes da má atuação deste fornecedor à Administração Pública.

A preocupação com as empresas terceirizadas e principalmente o adimplemento delas com os seus funcionários, de maneira direta ou indireta, mostra-se saudável em relação às verbas trabalhistas e previdenciárias, porque qualquer irregularidade poderá ensejar responsabilização subsidiária ou solidária da Administração Pública, respectivamente.

O art. 71 da Lei de Licitações preceitua que:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei 9.032, de 1995)

§ 2º. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei 9.032, de 1995)

Apesar do *caput* e do § 1º do art. 71 gerar a impressão de que jamais ocorrerá o repasse de responsabilidade à Administração Pública pelos encargos trabalhistas e previdenciários sobre os funcionários da empresa contratada, o entendimento do Poder Judiciário diverge deste raciocínio. A constitucionalidade do *caput* do art. 71 e do seu §1º já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu pela sua plena conformidade com a Lei Maior:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

(Supremo Tribunal Federal, ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24.11.2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011)

Portanto, deve acontecer uma interpretação sistemática entre o *caput* do art. 71, o § 1º do mesmo artigo e os arts. 67 e seguintes da Lei de Licitações que dispõem sobre o dever de fiscalização contratual. Realizando este exame integrado, concluiu a Corte Suprema Brasileira que a Administração Pública pode ser responsabilizada de forma subsidiária se o empregador (empresa contratada) não pagar os funcionários e ela não constatar tal falha durante a fiscalização do contrato, já que estaria sendo negligente com o seu dever legal de perquirir o cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e fundiárias pela empresa contratada.^[87]

Nesta toada, após o julgamento do Supremo, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula nº 331 para permitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços tão somente nos casos em que houver falha na fiscalização do contrato administrativo:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

[87] A discussão de quem seria a responsabilidade para provar a culpa na falha da fiscalização está em debate no Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 760931, com repercussão geral reconhecida.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Já a responsabilidade previdenciária permanece sendo solidária, motivo pelo qual a retenção de contribuições previdenciárias deverá sempre ser objeto de muito cuidado durante a gestão e fiscalização do contrato administrativo.

De todo modo, o Acórdão 3.301/15 do Plenário do TCU está em plena consonância com o dever de tutela a ser exercido incessantemente pelo Poder Público na cura do interesse público. Não faz sentido que a Administração tenha que gastar duas ou três vezes e não possa utilizar as cláusulas editalícias e contratuais para se precaver.

Nesta diretriz, o Superior Tribunal de Justiça possui um excelente julgado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE. 1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera

inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. 2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente. 3. Recurso especial provido (REsp nº 1241862/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28.06.2011).

Por conseguinte, não é nenhum absurdo estabelecer cláusulas estipulando a retenção de pagamento, desde que: (i) haja risco de responsabilização da Administração Pública; (ii) tenha previsão no edital e/ou no contrato; (iii) exista razoabilidade e proporcionalidade no valor retido (desnecessária a retenção do valor integral da fatura se a obrigação não cumprida pela parte contratada equivale, por exemplo, a 7% do valor da nota); e (iv) seja temporária, porque se a empresa permanecer irregular deverá a Administração Pública utilizar os instrumentos jurídicos competentes para rescindir o contrato e pagar direta ou judicialmente tais verbas.

Para finalizar, replica-se que o entendimento ora explicado é de retenção como medida acautelatória com vistas a evitar prejuízo ao erário, e não como regra para todo e qualquer caso.

XXXIV

A RESCISÃO UNILATERAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Para a aplicação de qualquer restrição de direitos, é imprescindível que sejam respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

O art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República de 1988 assegura como direitos e garantias fundamentais os mencionados princípios a partir da seguinte prescrição constitucional:

“**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Pelo dispositivo constitucional suscitado, deduz-se que é indispensável o respeito ao devido processo legal, bem como são assegurados a todos os litigantes em processo administrativo e processo judicial o respeito aos princípios da ampla defesa e contraditório.

Com esteio na Constituição, a Lei de Licitações previu em seu art. 78, parágrafo único, que “os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

A obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa aplica-se em toda e qualquer espécie de rescisão contratual, ainda mais flagrante a sua utilidade nos casos de rescisão unilateral.

Neste sentido, não pode a ordenadora da despesa simplesmente comunicar a rescisão contratual e, pior, já convocar a segunda colocada para a contratação por dispensa de licitação – art. 24, XI, da Lei 8.666.

Esta conduta viola frontalmente a Lei de Licitações e é repudiada de modo visceral pelo Tribunal de Contas da União, o qual tem posicionamento solidificado que a rescisão unilateral não afasta o dever de conceder o contraditório e a ampla defesa prévios à tomada de decisão da Administração Pública.

Para não restar qualquer dúvida sobre o tema, anexam-se algumas decisões do Tribunal de Contas da União:

Voto

18. Como se depreende das considerações transcritas, a fundamentação para a rescisão contratual estaria entre as relacionadas no art. 78, inciso XII, da Lei nº 8.666/1993, qual seja: “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

19. Ocorre, como bem destacou o MP/TCU, que não consta dos autos nenhum documento que expresse os motivos, de forma determinada e justificada, pelos quais o contrato não mais atenderia ao interesse público, e aos ditames da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, mencionados de forma vaga no ato de declaração de rescisão contratual. Tais referências a princípios da Administração Pública são

extremamente vagas, insuficientes, portanto, para cumprir o comando do art. 78, inciso XII, da Lei nº 8.666/1993.

(...)

21. Ainda que também não previsto no art. 121, entendo que o disposto no art. 78, XII, aplica-se ao contrato em discussão, como elemento que deve balizar a atuação da Administração em sua decisão discricionária, mas não arbitrária, de rescindir unilateralmente o contrato, de forma a observar os princípios constitucionais sedimentados no art. 37, destacadamente, os da impessoalidade e da eficiência.

(...)

23. No presente caso, a necessidade de motivação e garantia do contraditório e da ampla defesa, para regular utilização do instrumento da rescisão administrativa, ainda que não pudesse, numa interpretação estreita, ser fundada no art. 79, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o que não me parece ser o caso, reflete, antes de tudo, o exercício do cumprimento de mandamentos constitucional e legal.

24. A ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

25. Para que a defesa, necessária em processos de rescisão contratual unilateral, possa ser plenamente exercida, há necessidade de que o ato da Administração potencialmente lesivo a direitos do contratado seja adequadamente motivado e que seja observado o direito ao contraditório.

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.343/09 – Plenário, Relator Ministro Weder de Oliveira).

Observância de procedimentos para rescisão contratual

(...). Destacou, ainda, que o recorrente contrariou os termos da Lei nº 8.666/93, especialmente os arts. 78 e 79, “ao não seguir as hipóteses previstas de rescisão; não conceder à contratada a oportunidade

de contraditório e ampla defesa; não levar em conta o dever de indenizar a empresa e não motivar formalmente a rescisão”. Ao final, enfatizou que “o dano maior só não foi concretizado graças à intervenção da Justiça Federal, que mandou a (omissis) retomar o contrato (...). De todo modo, por certo que a entidade incorreu em custos ao ter de enfrentar a demanda judicial”. Referendando o voto do relator, decidiu o Plenário negar provimento ao recurso.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 7 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 422/10 – Plenário, TC-013.895/2005-6, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.03.2010).

Na mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já determinou inclusive a invalidação de rescisão unilateral da Administração Pública desrespeitou a regra do art. 78, parágrafo único, da Lei de Licitações:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO. INEXECUÇÃO. RESCISÃO. PERDAS E DANOS. A celebração de contrato sucessivo com o mesmo objeto com outra contratada é hipótese de rescisão contratual, que não pode prescindir de procedimento administrativo prévio, cuja ausência se caracteriza em abuso de poder da Administração. Enquanto não rescindido licitamente o contrato administrativo remanescem direitos e obrigações ao contratado e à Administração, exigíveis judicial e administrativamente. Apelações e remessa oficial desprovidas.

(Tribunal Regional Federal da 4ª Região, APELREEX 2008.70.01.005903-0, Terceira Turma, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 28.04.2010)

Sob o mesmo raciocínio da jurisprudência, a doutrina é unânime:

“Muito embora a rescisão seja administrativa e unilateral, a entidade administrativa deve seguir algumas formalidades enfeixadas na própria Lei n. 8.666/93 e, no caso da Administração Pública Federal, na Lei n. 9.784/99, a fim de que tudo seja compatível com os princípios administrativos.

De plano, é importante que seja aberto processo administrativo para realizar a rescisão do contrato, devidamente autuado. Sugere-se que esse processo administrativo tramite em apenso aos autos do próprio contrato.

Demais disso, dessa feita com arrimo no parágrafo único do artigo 78 da Lei n. 8.666/93, é necessário assegurar ao contratado o direito ao contraditório. Portanto, muito embora a rescisão seja unilateral, isto é, decidida pela entidade administrativa, antes dela deve-se ouvir as razões do contratado, em especial atenção à versão dele dos fatos que ensejam a rescisão. Trata-se de expressão do princípio constitucional do contraditório, amplamente aplicável aos processos administrativos como reconhecido pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Para que haja o contraditório, a entidade deve expedir ato administrativo para o efeito de intimar o contratado sobre a intenção dela de rescindir o contrato, deixando claro quais os fatos que a levam a tomar tal medida e qual o fundamento legal para tanto. Ao contratado, então, depois de recebida tal intimação, abre-se o prazo para expor a sua versão dos fatos e do direito, exercendo o contraditório.”^[88]

A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao devido procedimento administrativo. Expôs-se em outra obra a extensão da garantia assegurada ao particular. Por ora, é imperioso considerar que o devido processo significa que a rescisão deverá ser precedida de um procedimento administrativo, ao qual o particular tenha amplo acesso e no qual possa deduzir sua defesa e produzir suas provas. A instauração do procedimento administrativo deverá ocorrer formalmente, inclusive com a definição dos fatos que se pretendem apreciar. Deve-se dar oportunidade ao particular para produzir uma defesa prévia e especificar as provas de que disponha. Em seguimento, deverão produzir-se as provas, sempre com participação do particular. Não se admite a realização de uma perícia sem que o particular possa indicar um representante e o vício não será suprido através da posterior comu-

[88] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008, p. 584-585.

nicação ao interessado do conteúdo da perícia. Mas, muito pior do que isso, é a pura e simples rejeição da produção das provas. Após encerrada a instrução, deverá ser proferida a decisão, da qual caberá recurso para a autoridade superior. Após esaurido o procedimento, será proferido o ato administrativo unilateral da rescisão.”^[89]

Se não bastasse a interpretação conforme a Constituição e a literalidade do parágrafo único do art. 78 da Lei de Licitações, ainda existe a Lei 9.784 que também assegura o contraditório e a ampla defesa PRÉVIOS às restrições de direitos:

Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

- I.** ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
- II.** ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
- III.** formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

Dessa maneira, está notoriamente demonstrada que a rescisão contratual unilateral deverá ser materializada por um processo administrativo em que sejam assegurados, dentre outros, os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

[89] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 602.

XXXV

REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA CONTRATADA: Dever ou Não de Rescindir o Contrato

Será que a reestruturação societária de uma empresa contratada pelo Poder Público deve gerar necessariamente a rescisão do contrato administrativo vigente que esta possui, caso ausente qualquer dispositivo sobre o assunto no edital e/ou no contrato?

Ora a questão é bastante prática, porque é muito comum que, principalmente, as grandes empresas tenham alterações societárias e “movimentações” em seus quadros em sentido lato (desde meras modificações no contrato até fusão, incorporação, etc.), por isso fica a grande celeuma a ser respondida: num caso destes deverá a Administração Pública rescindir o contrato, mesmo não havendo qualquer vedação no edital e/ou no contrato?

A Lei de Licitações prescreve:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.
(...)

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
(...)

VI. a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

A melhor solução para esta questão deverá perpassar pela interpretação sistemática dos princípios da legalidade em conjunto com a finalidade, razoabilidade, indisponibilidade do interesse público, economicidade e eficiência.

Ponderando tais princípios diante de um caso de movimentação societária (e não mera alteração de sócios e/ou finalidade)^[90], o mais adequado seria a permissão pela Administração Contratante, desde que não haja vedação EXPRESSA no edital e/ou no contrato. Valioso ponderar que este entendimento não permite a superação de proibição expressa no ato convocatório e/ou no contrato, sob pena de prejudicar possíveis terceiros e incorrer em afronta à igualdade e impessoalidade, mais precisamente na quebra da neutralidade e imparcialidade.

Amparando esta linha argumentativa, o Tribunal de Contas da União julgou no Acórdão 2.641/10 – Plenário:

Contratação de serviços de duração continuada: 2 – Requisitos para alteração societária do contratado.

(...). A unidade técnica entendeu que as mudanças societárias atenderam aos requisitos do Acórdão 1.108/2003-Plenário, quais sejam: I) a possibilidade estar prevista no edital e no contrato, nos termos do art. 78, inciso XI, da Lei 8.666/1993; II) serem observados, pela nova empresa, os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei 8.666/1993, originalmente previstos na licitação; e III) serem mantidas as condições definidas no contrato original. **Todavia, o relator ressaltou não ser necessário “que o edital e o contrato expressamente prevejam a possibilidade de alteração societária da contratada para que o contrato subsista à modificação. Se o edital ou contrato não veda a alteração da pessoa da contratada, por fusão, incorporação ou cisão, o contra-**

[90] A questão de mera modificação social, da finalidade ou da estrutura deve ser vista e analisada sob o prisma do inc. XI do art. 78 pela especificidade.

to pode subsistir se a reestruturação não trazer qualquer prejuízo à sua execução ou aos princípios da administração pública”, em razão do Acórdão 634/2007 – Plenário. O Plenário acolheu o voto do relator. (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 37 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.641/10 – Plenário, TC-002.365/2004-3, Rel. Min. Augusto Nardes, 06.10.2010).

Neste caso suscitado, a Corte decidiu que a modificação da estruturação da empresa ou de seu quadro societário não é motivo justo e suficiente para rescindir um contrato administrativo, tanto que é desnecessária a autorização no edital e/ou no contrato que permita a alteração societária.

Sobre a possível proibição no edital e/ou no contrato de transformações societárias, anui-se também com o escólio de Marçal Justen Filho que defende ser totalmente desarrazoada tal previsão, inclusive no meu ponto de vista sob o viés dos princípios da ordem econômica constitucional (art. 170):

“Cabe à Administração evidenciar que a modificação torna inviável a execução do contrato. Têm de existir elementos concretos evidenciadores do prejuízo ou que autorizem a presunção de que, sob a nova roupagem, a contratante não executará corretamente suas prestações.

Ou seja, não é possível aplicar de modo automático o dispositivo, especialmente porque a reorganização empresarial envolve o exercício de faculdades inerentes à concepção de livre empresa. **Os particulares dispõem de liberdade não apenas para se associarem, mas também para escolher a modalidade de organização empresarial que lhes aprouver. Portanto, a alteração da estrutura societária não exterioriza conduta antijurídica ou reprovável, mas uma opção que é tutelada pelo ordenamento jurídico. Tem de reputar-se, bem por isso, que essas operações apenas podem afetar os contratos administrativos em curso na medida em que incompatíveis com o interesse público ou outros valores relevantes. Aplicam-se, aqui, as ponderações realizadas a propósito da disciplina contida no inc. VI, inclusive para o fim de**

afirmar-se que a rescisão do contrato apenas pode ocorrer quando existir vedação absoluta à reorganização empresarial.”^[91]

Por conseguinte, conclui-se que havendo uma reestruturação empresarial da pessoa jurídica contratada, e não uma transferência do contrato a terceiro, deve-se primar pela continuidade do ajuste.

A mero título ilustrativo, insta lembrar de outras decisões, na mesma esteira, do Tribunal de Contas da União: AC-3400-17/11-2, julg. 24.05.11, Relator Ministro Augusto Nardes; AC-0634-15/07-P, julg. 18.04.07, Relator Ministro Augusto Nardes; AC-1108-31/03-P, julg. 13.08.03, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, AC-2641-37/10-P, julg. 06.10.10, Relator Ministro Augusto Nardes.

[91] FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 573.

XXXVI

DEVER DE PENALIZAR EM CASO DE INEXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O Poder Público, no exercício da função administrativa, firma relações jurídicas com terceiros, submetidas às normas do Direito Administrativo, para a realização de objetivos de interesse público, formalizadas por meio de contratos administrativos. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratado privado.^[92]

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, contratos administrativos podem ser definidos como “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”^[93].

Estar submetido ao regime jurídico de Direito Público implica que o contrato administrativo, como regra, depende de prévio procedimento licitatório para a escolha do contratado, salvo nos casos de contratação direta previstos

[92] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 615.

[93] DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

na legislação. Mas, seja o contrato administrativo proveniente de uma contratação direta, seja decorrente de licitação, o regime jurídico que o regulamenta é o mesmo, isto é, regime de Direito Público.

Como característica, o contrato administrativo pressupõe uma desigualdade entre as partes, isto é, a Administração sendo um dos polos desse contrato é juridicamente mais relevante, vez que defende o interesse público, que se sobrepõe ao interesse privado defendido pelo outro polo contratual.

Essa verticalidade do contrato administrativo coloca a Administração Pública em uma posição de superioridade perante o contratado, o que se revela pela presença de cláusulas exorbitantes que definem poderes especiais ao Poder Público dentro do contrato.

Segundo expõe Roberto Dromi, a origem desta diferenciação “tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.”^[94]

Previstas na Lei 8.666/93, dentre as cláusulas exorbitantes estão a de fiscalização da execução dos contratos, que deve ser feita pela própria Administração ou por terceiros contratados para essa finalidade nos termos do art. 67; e a aplicação de penalidades, isto é, de sanções administrativas ao contratado por inexecução total ou parcial do contrato, bem como aos licitantes por situações de comportamento infracional durante o certame.

Especificamente sobre a inexecução do contrato administrativo, seja ela parcial ou total, deve ser instaurado um processo administrativo com garantia a contraditório e ampla defesa, respeitando o devido processo legal.

Ressalta-se, a aplicação de sanção administrativa, ou penalidade contratual, constitui cláusula exorbitante porque é a própria Administração, um dos

[94] DROMI, Roberto. Op. cit., p. 484.

polos do contrato administrativo, que aplica, demonstrando, assim, a sua supremacia na relação. Ela não depende de qualquer autorização do Poder Judiciário ou de necessidade de invocação deste, isto porque a sanção resultará de um processo na esfera administrativa.

As sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93 são: advertência; multa; suspensão temporária do direito de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 (dois) anos; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, veja-se:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: **I.** advertência; **II.** multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; **III.** suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; **IV.** declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. 1 [...] § 3º. A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. **Art. 88.** As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: **I.** tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; **II.** tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; **III.** demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Nota-se que as sanções são gradativas e escalonadas, de modo que sua aplicação deve ser proporcional ao descumprimento, podendo-se cumular a sanção de multa com qualquer outra. Neste sentido, dependerá das circunstâncias concretas, agravantes ou atenuantes, culpabilidade do agente, dentre outros critérios a serem apreciados para identificar qual a penalidade justa, proporcional e razoável que será aplicada no caso.

Especificamente sobre a multa, um ponto que chama a atenção é a possibilidade ou não de cumular a multa moratória com a compensatória. Sobre o assunto, colaciona-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA. INEXECUÇÃO PARCIAL CARACTERIZADA. MULTAS RESCISÓRIA E MORATÓRIA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A amplitude das obrigações assumidas pela contratada, após lograr êxito em certame seletivo, vincula-se aos termos do edital de licitação e do contrato desta resultante, considerados todos os elementos integrantes dos referidos documentos, inclusive o caderno de encargos. **Comprovada a inexecução parcial do contrato administrativo** (art. 6º, VIII, “a”, da Lei n.º 8.666/93), **é legítima a imposição de multas moratórias e rescisória, com base em expressa previsão contratual**. O fato gerador das multas moratórias – que não compensam nem substituem o inadimplemento, apenas punem o retardamento no cumprimento da obrigação – não se confunde com aquele que ensejou a imposição de multa rescisória (ou cláusula penal) – que se destina à prefixação das perdas e danos decorrentes de eventual inadimplemento –, inexistindo o alegado bis in idem ou ilegalidade na consideração da mora. Incide o **princípio da proporcionalidade na gradação das penalidades impostas** pela inexecução parcial das obrigações assumidas pela contratada, pois não se pode punir o descumprimento total e o parcial do contrato, adotando idênticos parâmetros. Há a **possibilidade**

de retenção de créditos da contratada inadimplente até o limite dos débitos decorrentes do ato faltoso.

(TRF4, AC 5018263-91.2011.404.7200, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 11.05.2015) (grifos meus)

Na jurisprudência colacionada, verifica-se que a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal, na relatoria da Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, entendeu pela legitimidade da aplicação de multa moratória cumulada com a multa rescisória – decorrente de cláusula penal, uma vez que comprovada a inexecução parcial do contrato administrativo, aplicando a proporcionalidade como método de gradação das penalidades impostas. A Administração tem o dever de aplicar sanção uma vez que se destina a proteger o interesse público, não podendo dar margem ao benefício injustificado do contratado inadimplente.

Vale ressaltar, como bem explicitado no acórdão, que a possibilidade de cumulação das multas moratória e compensatória se dá em razão **da não coincidência dos fatos geradores de cada uma**, ou seja, a natureza da origem das multas não se confunde. Enquanto a multa moratória tem o objetivo de punir o retardamento do cumprimento da obrigação, a multa compensatória, também chamada por alguns de punitiva, é decorrente de penalidade prevista em cláusula contratual (cláusula penal) no caso de descumprimento contratual, com vistas a prefixar perdas e danos decorrentes de possível inadimplemento. Abre-se parêntese para se aventar uma discussão que poderá ser discutido em artigo doutrinário futuro, qual seja, a aplicação da cláusula punitiva demanda a mensuração e correspondência do efetivo prejuízo gerado?

Ademais, destaca-se a parte final do acórdão, que considera possível, uma vez configurado o ato faltoso, isto é, o inadimplemento do contratado, que a Administração retenha os créditos do contratado **até o limite dos débitos decorrentes daquele ato**, conforme determina o artigo 80, III e IV, da Lei de Licitações.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é na mesma linha de impossibilidade de imputar multa moratória e compensatória para o mesmo fato gerador.^[95] Outrossim, salienta-se que é dever da Administração fiscalizar a execução do contrato administrativo e, sendo identificada a sua inexecução, a instauração de processo administrativo, com garantia de contraditório e ampla defesa, com vistas a aplicar sanção ao contratado inadimplente, sempre de forma proporcional ao ato faltoso comprovado, além da factibilidade de instaurar processo administrativo visando à rescisão contratual caso a infração assim justifique.

[95] DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS. MULTAS COMPENSATÓRIA E MORATÓRIA. FATOS GERADORES DISTINTOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível a cumulação das multas moratória e compensatória quando tiverem elas origem em fatos geradores diversos, como ocorrido no caso concreto. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 832.929/SP)

XXXVII

DIREITO AO RECURSO ADMINISTRATIVO: Impossibilidade de Violação

O direito de recorrer é assegurado constitucionalmente conforme prescreve os incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal:

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Como se verifica, os litigantes em processo judicial ou administrativo (como é o caso das licitações) possuem o direito de ter respeitado o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa prévios à tomada de decisão.

De forma similar, a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99) prevê o asseguramento do direito a recurso sempre que houver a intenção de aplicar uma sanção ou ocorrer uma situação de litígio:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

X. garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

De nada adiantaria que os recursos administrativos, por exemplo, contra o julgamento de propostas fossem interpostos depois da homologação da licitação e adjudicação do objeto ao adjudicatário. Lembra-se que o ato de homologação é um ato administrativo de controle e aprovação da autoridade superior competente sobre todos os atos praticados durante o procedimento administrativo que é a licitação. Portanto, não faria qualquer sentido lógico que um licitante recorresse de algum ato praticado durante o certame se o ordenador (como autoridade superior competente) já tivesse homologado a licitação, isto é, chancelado todos os atos praticados. Nestes termos, não se deve jamais tolher o direito ao recurso ou suprimir parcialmente o direito a recurso dos licitantes com a diminuição dos prazos, sob pena de gerar uma gravíssima ilegalidade.

Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União alertou que:

Constitui falta grave a supressão ou o descumprimento do prazo legal para o exercício pelos licitantes do direito a recorrer, o qual, necessariamente, só pode ser exercido antes de homologada a licitação e adjudicado seu objeto.

(...) Analisando o mérito das peças interpostas, o relator, abordando a questão do prazo recursal, consignou que *“A homologação do certame e a adjudicação do objeto ao vencedor são os atos que encerram o procedimento licitatório”*. Nesse sentido, *“a supressão de prazo para o exercício pelos licitantes do direito a recorrer, assegurado pela Lei 8.666/93, o qual, necessariamente, só pode ser exercido antes de homologada a licitação e adjudicado seu objeto, constitui falta grave, conforme entendeu esta Corte na deliberação recorrida”*. Assim, à vista dos elementos constitutivos dos autos, concluiu

o relator pela rejeição dos argumentos recursais. O Plenário do TCU, acolhendo a tese da relatoria, negou provimento aos recursos.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 204 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.728/14 – Plenário, TC 006.493/2011-4, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 02.07.2014).

Por conseguinte, o direito ao recurso é um direito do licitante que poderá exercê-lo nos limites da lei, sendo que a Administração Pública não poderá cercear ou restringi-lo, seja diminuindo prazos, fazendo juízos de admissibilidade sem previsão legal, impondo ônus desarrazoado, etc..

XXXVIII

DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE APLICADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92) prescreve no seu art. 46:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Por sua vez, com a mesma nomenclatura, em que pese ser uma sanção diferente apesar do homônimo, a Lei de Licitações preceitua no art. 87, IV:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I. advertência;

II. multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III. suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Diante deste possível conflito de mesmas sanções, o Supremo Tribunal Federal avaliou a constitucionalidade do art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE.

1. Em processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, é válida a comunicação por edital depois de tentativa frustrada de comunicação postal (Lei nº 8.443/1992, art. 23, III).

2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

3. Ordem denegada.

(Supremo Tribunal Federal, MS 30788, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

No suscitado caso, o Ministro Relator Marco Aurélio votou pela impossibilidade de aplicação da declaração de inidoneidade pelo Tribunal de Contas da União, já que (i) este órgão não poderia imputar uma sanção a um particular pois o processo em seu seio é de rito abreviado em comparação a um processo judicial e (ii) a Lei de Licitações prevê em seu art. 87, §3º, que a competência para a declaração de inidoneidade é de Ministro, Secretário Estadual, Distrital ou Municipal.

Contudo, apesar do voto e respeitável opinião do Ministro Marco Aurélio, os demais Ministros, com exceção do Ministro Ricardo Lewandowski que se absteve, compreenderam pela factibilidade de o Tribunal de Contas da União impor, após o devido processo legal e respeitada a ampla defesa e o contraditório, a sanção de declaração de inidoneidade.

Segundo a posição adotada pela Corte Suprema, inexistente qualquer óbice para que um processo perante o Tribunal de Contas da União repercuta sobre a esfera de um particular (não integrante e sem relação funcional com a Administração Pública), até porque o art. 71, II e VIII da Constituição autoriza-lhe a imputação de responsabilidade em caso de ilegalidade ou irregularidade de contas, bem como o julgamento das contas^[96] dos administradores e dos demais responsáveis pela cura de dinheiro, bens e valores públicos:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II. julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

VIII. aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

Salienta-se que o voto vencedor deste julgamento foi lavrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual mencionou um recente julgado da 1ª Turma e um julgado de 2006, ambos da própria Corte:

Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança. 1. Ao auxiliar o Con-

[96] Lembra-se que as contas do Poder Executivo são julgadas pelo Poder Legislativo, sendo que o Tribunal de Contas emite um opinativo (parecer técnico).

gresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal). 2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal). 3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal 4. Denegação da segurança.

(STF, MS 24379, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07.04.2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015)

Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que – dirigido apenas aos altos cargos do Po-

der Executivo dos entes federativos (§ 3º) – é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exige, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção – genericamente considerada – pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais. (STF, Pet 3606 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21.09.2006, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-02 PP-00222 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 158-166 LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 184-192)

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do art. 46 da Lei Orgânica do TCU, entretanto gostaria que a discussão tivesse examinado também a possível sobreposição de sanções e suposto *bis in idem* condenatório entre as sanções do art. 87, IV, da Lei de Licitações e do art. 46, da Lei 8.443/92. Creio que inexistente sobreposição ou *bis in idem*, porquanto apesar de homônimas tais penalidades, elas possuem fatos geradores diversos, requisitos caracterizadores diferentes (inclusive sob o viés da culpa e dolo) e efeitos jurídicos distintos.

XXXIX

PREGÃO NEGATIVO E A REGRA PARA A CONCESSÃO DE USO DE IMÓVEL PARA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA

A licitação, como preleciona Hely Lopes Meirelles^[97], é o procedimento administrativo utilizado pela Administração Pública visando à seleção da proposta mais vantajosa para contratação para aquisição de bem ou serviço. Tal procedimento, entretanto, admite diferentes modalidades, dentre as quais, o Pregão.

O Pregão não foi instituído pela Lei de Licitações, Lei 8.666 de 1993, tendo sido inserida no ordenamento jurídico mediante Medida Provisória em 2001 e assentado pela Lei 10.520 de 2002.

Atribui-se como inovação na medida em que na modalidade Pregão a ordem das fases de habilitação e análise de propostas é inversa, isto é, analisa-se a documentação necessária à habilitação apenas do licitante que apresentou a melhor proposta. Distintamente das demais modalidades, aplica-se o Pregão a qualquer valor estimado para a contratação, podendo ser, portanto, uma alternativa para qualquer outra modalidade.

Ademais, a proposta é feita, em sessão pública, de forma escrita e, depois, por lance verbal (ou escrito no pregão eletrônico) sucessivo para minorar a proposta e podendo inclusive ao final negociar com o pregoeiro na tentativa de se melhorar ainda mais o preço. Isto representa a possibilidade de mutação

[97] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 266.

dos valores propostos pelos licitantes durante o certame, tudo visando ao princípio da vantajosidade.

Uma vez que o único critério de julgamento (tipo de licitação) adotado legalmente é o menor preço (apesar de jurisprudencialmente falar em melhor preço para abranger tanto menor preço quanto excepcionalmente a maior oferta a depender do objeto do certame), objetos a serem contratados cuja melhor técnica é requisito indispensável, como, por exemplo, alguns serviços de tecnologia com singular complexidade no mercado, não podem ser contratados mediante Pregão.

Assim, por isso, a definição de que referida modalidade deve ser utilizada tão somente para bens e serviços comuns, definidos por Hely Lopes Meirelles^[98] como aqueles caracterizados por sua padronização, isto é, passíveis de substituição sem que sejam alterados os padrões de qualidade e eficiência. Somado a isso a padronização estará relacionado à disponibilidade do objeto perante o mercado. Deve ser averiguado se o objeto é comum perante o mercado, em outras palavras perante os possíveis fornecedores.

Um ponto que chama a atenção sobre o uso do pregão é no caso de licitação para concessão de uso de bem público. Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União têm deliberado em diversas decisões à utilização da modalidade da Lei 10.520/02, como se verifica por exemplo no Acórdão 478/16 do Plenário:

Empresa licitante formulou Representação, com pedido de medida cautelar, em face de indícios de irregularidades no âmbito de convite promovido pelo (*omissis*), cujo objeto fora a concessão administrativa de uso de imóvel público para funcionamento de lanchonete. Após examinar as irregularidades aventadas pela licitante e concluir pela procedência da Representação, o

[98] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 266

relator consignou não ser o caso de se determinar a anulação do contrato, mostrando-se suficiente a proposta do titular da unidade técnica no sentido de que o ajuste não fosse prorrogado. Ademais das irregularidades veiculadas na Representação, observou o relator que, **no tocante ao novo certame a ser realizado para cessão de uso de imóvel para funcionamento de lanchonete, “a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a modalidade de licitação que melhor se coaduna à situação em tela é a realização de pregão, não devendo o órgão se valer, indevidamente, de certames na modalidade convite para aquisição de bens e serviços comuns, por se tratar de um meio que permite viabilizar o direcionamento dos resultados nesses certames licitatórios”**. Nessa linha, citou o Acórdão 2050/2014 Plenário, que reproduzira exaustivo exame da matéria procedido no Acórdão 2844/2010 Plenário, destacando serem conhecidas “*as inúmeras vantagens comparativas da modalidade pregão para a Administração Pública em termos de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade*” e a existência de “*inúmeros precedentes, na utilização do pregão para a concessão de áreas públicas, por parte de diversos órgãos da Administração, como os Tribunais Regionais Federais (Pregão 07/2008, TRF da 1ª Região), o Ministério Público Federal (Pregão 41/2007) e a Procuradoria da República no Distrito Federal (Pregão 01/2008)*”. A respeito da peculiaridade de que contratos dessa natureza geram receita para a Administração Pública, ressaltara-se na ocasião do citado precedente que “*a adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório*”. Assim, acompanhando o voto do relator, o Plenário decidiu pela procedência da Representação e por determinar ao (*omissis*) que se abstenha de prorrogar o contrato, e “*em futuro certame que, porventura, venha a realizar com o mesmo objeto, adote a modalidade pregão, em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas*”.

(Informativo de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União nº 276, Acórdão 478/16 – Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

Em síntese, neste caso o autor da representação aduziu irregularidades no certame, noticiando indícios de conluio e de irregularidade nos critérios de inabilitação, no âmbito do Convite 03/2014, do tipo maior oferta, promovido pelo (*omissis*), que teve por objeto a concessão administrativa de uso de imóvel público, de área de 24,88 m², para funcionamento de lanchonete.

Todavia, destacou o Relator que, em assentada jurisprudência, o TCU tem entendido que a modalidade de licitação que melhor se coaduna à concessão administrativa de uso de imóvel público é o pregão, uma vez que, entende a Corte, afiguram-se inúmeras vantagens para a Administração Pública haja vista proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade ao certame.

Como destacou o Relator, a Administração Pública não pode se valer da utilização da modalidade convite para concessão remunerada de uso de imóvel público “por se tratar de um meio que permite viabilizar o direcionamento dos resultados nesses certames licitatórios”.

Interessante destacar, da decisão supracolacionada, que órgãos como Tribunais Regionais Federais, Ministério Público Federal e Procuradoria da República, já adotaram a modalidade Pregão na mesma situação objeto desta decisão. Citando precedente, destacou, ainda, que nos contratos dessa natureza, que geram receita à Administração, “a adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório”.

Como regra, portanto, o pregão é a modalidade de licitação adequada para a concessão remunerada de uso de bens públicos, com critério de julgamento pela maior oferta em lances sucessivos, revelando-se uma exceção à

regra legal prevista do tipo menor preço anteriormente comentado. Isto porque, notadamente, se compatibiliza melhor ao serviço objeto do certame, propiciando mais vantagem ao órgão contratante por não necessitar de critérios outros além da melhor oferta.

O uso do pregão com o tipo maior oferta ou lance é conhecido como “pregão negativo”, possível de ser usado naquelas situações em que a vantagem não se dará pelo menor preço, e sim pela maior oferta ou lance. Tal situação também é possível de ser utilizada na venda da folha de pagamento para instituições financeiras. Sobre o assunto, para finalizar, colaciona-se uma decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e uma do Tribunal de Contas da União:

Contratação de instituição financeira para operacionalização e gerenciamento da folha de pagamento dos servidores públicos

É possível contratação de instituição financeira para operacionalização e gerenciamento da folha de pagamento dos servidores públicos, por meio de licitação na modalidade pregão com melhor oferta de preço. Além disso, é possível o pagamento do maior lance mediante dação em pagamento em bens imóveis, desde que haja lei autorizadora e esteja devidamente previsto e regulamentado no edital da licitação, respeitados, ainda, o interesse público e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Esse foi o parecer exarado pelo TCEMG em consulta. Em sua resposta, o relator, Cons. Antônio Carlos Andrada, esclareceu inicialmente que a contratação de serviços bancários referentes à folha de pagamento do funcionalismo público vem se transformando em importante fonte de receita para as entidades estatais. Explicou que a doutrina e a jurisprudência discutem a modalidade e o tipo de licitação mais adequados para a aquisição dos serviços bancários, considerando as especificidades dessa contratação, que não se enquadra perfeitamente nos procedimentos licitatórios tipificados em lei. Aduziu já haver o Tribunal se manifestado acerca da matéria na Consulta nº 797.451 (Rel. Cons.

Adriene Andrade, sessão de 09.12.09), fixando o entendimento no sentido da possibilidade de contratação de instituição financeira privada, por meio de licitação na modalidade pregão, com melhor oferta de preço. Informou, após citar doutrina do Professor Carlos Pinto Coelho Motta, que esse tipo de certame está sendo denominado, em círculos especializados, como “pregão negativo”, havendo possibilidade de o maior lance ser pago ao Poder Público contratante mediante a transmissão de bem imóvel. Ensinou tratar-se de hipótese de dação em pagamento, modalidade de extinção das obrigações, regulamentada nos arts. 356 a 359 do Código Civil, por meio da qual “o credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida”. Elucidou que, no âmbito do Direito Público, o inciso XI do art. 156 do Código Tributário Nacional prevê a dação em pagamento em bens imóveis como forma de extinção do crédito tributário. Consignou que, se é permitido à Fazenda Pública receber bem imóvel de contribuinte para o adimplemento de obrigação tributária, por analogia, não haveria óbice na utilização do mesmo procedimento na seara administrativa, em que o particular contratado pagaria o lance ofertado no “pregão negativo” mediante a transmissão de bem imóvel. Asseverou, em observância à dinâmica do pregão, que as propostas apresentadas pelos licitantes na sessão e os lances verbais deverão ser expressos em moeda corrente nacional, nos termos do art. 5º da Lei 8.666/93. Assinalou haver necessidade de o edital da licitação prever, como forma de adimplemento do contrato administrativo, a dação em pagamento em imóveis, estabelecendo regras referentes à avaliação do bem e sua aceitação, condicionando-se ao consentimento da Administração contratante e ao atendimento do interesse público, além de prévia autorização legislativa no âmbito da respectiva entidade federativa. Registrou, por fim, que o edital deverá prever, ainda, que o recebimento de bem imóvel como pagamento, parcial ou total, é uma faculdade do ente estatal e não direito subjetivo do licitante vencedor, pois uma das finalidades da licitação consiste em selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Na assentada, o Conselheiro substituto Licurgo Mourão pontuou que o recebimento do imóvel,

pela entidade pública, deveria observar a mesma forma adotada quando a Administração promove alienação de bens, contando com prévia avaliação a ser realizada pela entidade pública beneficiária da dação em pagamento. As observações foram acolhidas pelo relator. O parecer foi aprovado, vencido em parte o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, que admitiu a adoção da modalidade pregão, mas entendeu não ser possível pagamento à Administração Pública por meio de dação em pagamento, por tratar-se de instituto jurídico incompatível com a aludida espécie licitatória (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Consulta nº 837.554, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, 25.05.11).

O Plenário do Tribunal conheceu da Consulta para responder, no ponto, à autoridade consulente que *“havendo interesse de a Administração Pública Federal promover prévio procedimento licitatório para contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá a contratante, além de franquear acesso ao certame tanto das instituições financeiras públicas como das privadas, adotar as seguintes medidas: (...); b) realizar licitação na modalidade pregão, prevista na Lei 10.520/2001, preferencialmente sob forma eletrônica, conforme exige o artigo 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, tendo por base critério ‘maior preço’, em homenagem ao princípio da eficiência, insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal e da seleção proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inserto no caput do artigo 3º da Lei 8.666/1993”*.

(Informativo de Licitações e Contratos nº 254 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.940/15 – Plenário, TC 033.466/2013-0, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 05.08.2015).

XL

A LEI 13.190/15 E AS MUDANÇAS NA LEI DO RDC, NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIIS E ETC.

Dentre os pontos a serem destacados pela Lei 13.190/15, consigno os principais como os seguintes: (i) a ampliação do raio de aplicabilidade do RDC; (ii) previu regras para matriz de risco no anteprojeto em caso de contratação integrada; (iii) a possibilidade de estipulação de arbitragem como meio de solução de controvérsias para conflitos nos contratos administrativos de RDC; (iv) a previsão legal do contrato “built to suit” e (v) diretrizes para a terceirização dos estabelecimentos penais.

Quanto à ampliação, o RDC passa a ser admitido agora para: (a) as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo (antes era previsto na Lei por meio de Medida Provisória; não é uma novidade propriamente dita); (b) as ações no âmbito da segurança pública; (c) as obras e serviços de engenharia relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; (d) os contratos sob medida (“built to suit”); e (e) as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

No que se refere à possibilidade de arbitragem, não é uma grande novidade, isto porque a Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem) já havia sido modificada pela Lei 13.129/15, sendo que o art. 1º, parágrafo primeiro, já prescreve a faculdade do uso da arbitragem pelos órgãos e entidades da Administração

Pública, razão pela qual pode-se dizer que foi um pleonasmo ou uma inserção legal desnecessária ou uma tentativa de enfatizar para afastar qualquer dúvida sobre a sua utilização legal. Insta pontuar que ainda que não haja redação similar ao art. 44-A da Lei do RDC na Lei 8.666/93, os contratos norteados precipuamente pela Lei Geral de Licitações (Lei 8.666) também poderão adotar a arbitragem.

Atinente à locação sob medida (“built to suit”), este é um contrato que já estava sendo realizado pela Administração Pública e possuía inclusive apreciação pelo Tribunal de Contas da União. Um dos primeiros órgãos que efetuou tal espécie de contratação foi a Justiça Federal em Curitiba. Traduzindo “built to suit” é construir para servir, construir para atender, razão pela qual é dito como locação sob medida. Isto é, você contrata alguém e diz para ela reformar e/ou construir um determinado bem móvel ou imóvel, já que fará a locação deste respectivo bem por um X período de tempo. Ou seja, o locador de antemão realiza um dispêndio de recursos financeiros com a certeza (contratual) de que possuirá um locatário por um lapso temporal, motivo pelo qual justifica o seu gasto financeiro antecipado.

No que concerne à matriz de alocação de riscos no anteprojeto para a contratação integrada, o legislador positivou (previu na lei) uma prática que já estava acontecendo e inclusive sendo recomendada em algumas decisões do Tribunal de Contas da União. A matriz de alocação de riscos é um instrumento para majorar a segurança jurídica do parceiro privado (contratado da Administração Pública), evitando surpresas desagradáveis no decorrer da execução que possam estremecer o seu equilíbrio econômico-financeiro e consequentemente comprometer o empreendimento contratado.

No tocante à modificação da Lei de Execuções Penais, a Lei 13.190/15 buscou delimitar o que pode e o que não pode delegar e terceirizar em estabelecimentos penais.

Por derradeiro, compete ressaltar que a Lei 13.190/15 já está em vigor, porém quase a sua integralidade está suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, mais precisamente pelo Ministro Luís Roberto Barroso no Mandado de Segurança 33.889 (MS 33.889 MC/DF):

“Diante do exposto, defiro o pedido liminar alternativo, ad referendum do Plenário (RI/STF, art. 21, V), para suspender o trâmite do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015, exceto naquilo que corresponde ao acréscimo dos incisos VI e VII ao art. 1º da Lei nº 12.462/2012. Caso sancionado o projeto em pontos diversos daqueles excepcionados acima, fica a eficácia de tais dispositivos suspensa até posterior deliberação.”
(Dispositivo de sua decisão liminar)

Portanto, somente está vigente e eficaz os incs. VI e VII acrescentados pela Lei 13.190/15 ao art. 1º da Lei 12.462/12, quais sejam:

“**VI.** das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei 13.190, de 2015)
VII. das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei 13.190, de 2015)”

A justificativa para a concessão da medida liminar pelo Ministro Luís Roberto Barroso justifica-se pela existência de contrabando legislativo na conversão da Medida Provisória 678/15 na Lei 13.190/15. O Supremo Tribunal Federal, em 2015 (ADI 5.127), recentemente entendeu que não é possível colocar matérias estranhas ao que estava inicialmente previsto na Medida Provisória. Isto é, em outras palavras, a Medida Provisória trazia dois dispositivos (ampliação do RDC nos casos dos incs. VI e VII), porém durante o transcorrer da conversão houve o aditamento para inserir a questão do anteprojeto,

novas hipóteses de RDC, o contrato “built to suit” e mudança na Lei de Execuções Penais:

“A plausibilidade das alegações decorre da tese recentemente firmada por este Tribunal no julgamento da ADI 5.127, acompanhada da modulação de efeitos da decisão. Na ocasião, o Plenário reconheceu a “impossibilidade de se incluir emenda em projeto de conversão de Medida Provisória em lei com tema diverso do objeto originário da Medida Provisória”, em síntese, porque tal prática subtrai do Presidente da República a competência para avaliar as matérias com relevância e urgência a serem tratadas em medida provisória; viola o devido processo legislativo ordinário; e compromete o princípio democrático, ao suprimir uma importante parcela do debate que deve transcorrer no Congresso.

No entanto, atento à segurança jurídica, a Corte imprimiu efeito ex nunc à decisão, preservando, até a data do julgamento (15.10.2015), “as leis fruto de emendas em projetos de conversão de Medida Provisória em lei”.” (trecho da decisão)

A título ilustrativo, a mudança da Lei de Execuções Penais caracteriza contrabando legislativo e afronta direta à Lei Complementar 95 que disciplina sobre a redação, elaboração, alteração e a consolidação das leis no Brasil:

Art. 7º. O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I. excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II. a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

III. o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;

IV. o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Obras e Produções do Autor

Livros publicados

1. REIS, Luciano Elias. Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência. Curitiba: Negócios Públicos, 2015, v.1. p.1232.
2. REIS, Luciano Elias. Convênio Administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado. Curitiba : Juruá, 2013 p.300.
3. REIS, Luciano Elias. Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência. Curitiba : Editora Negócios Públicos, 2013 p.972.

Livros organizados

1. REIS, Luciano Elias (Organizador e Coordenador Técnico). Cartilha de Controle Social da Gestão Pública Paranaense. Curitiba : OABPR, 2014, v.1. p.60.
2. DOTTA, Alexandre Godoy, HACHEM, Daniel Wunder, REIS, Luciano Elias Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil. Curitiba : Negócios Públicos, 2011, v.1. p.561.
3. RIBEIRO, M. C., GABARDO, Emerson, REIS, Luciano Elias Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública. Curitiba : Negócios Públicos, 2011, v.1. p.339.

Artigos publicados em livros

1. REIS, Luciano Elias. A atividade administrativa de fomento por intermédio dos convênios In: Estudos em homenagem ao professor EZEQUIAS LOSSO.1 ed.Curitiba : Instituto Memória Editora e Projetos Culturais, 2016, v.1, p. 99-116.
2. REIS, Luciano Elias. A regulação estatal pelas licitações e pelos contratos administrativos

- para o avanço da ciência, tecnologia e inovação In: Direito Administrativo e suas transformações atuais.1 ed.Curitiba : Editora Íthala, 2016, v.1, p. 473-486.
3. REIS, Luciano Elias. Breves considerações sobre o Credenciamento sob o viés do princípio da isonomia In: Licitações Públicas: Homenagem ao Jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.1 ed.Curitiba : Negócios Públicos, 2016, v.1, p. 677-687.
 4. GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. Formas consensuais de solução de controvérsias para a eficiência da administração pública In: Em busca dos caminhos jurídicos e econômicos para a superação da crise.1 ed.Curitiba : Editora Universitária Champagnat, 2016, v.1, p. 135-158.
 5. REIS, Luciano Elias. Recursos administrativos em licitações públicas e contratos administrativos In: Licitações Públicas: Homenagem ao Jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.1 ed.Curitiba : Negócios Públicos, 2016, v.1, p. 419-440.
 6. REIS, Luciano Elias. Características dos convênios administrativos e suas dessemelhanças com os contratos administrativos In: Estudos em homenagem ao Professor Mansur Theophilo Mansur.1 ed.Instituto Memória : Curitiba, 2015, v.1, p. 174-193.
 7. REIS, Luciano Elias. Pesquisa de mercado: reflexões críticas e posicionamento das Cortes de Contas In: Compras públicas: estudos, conceitos e infográficos.1 ed.Curitiba : Editora Negócios Públicos, 2015, p. 98-110.
 8. REIS, Luciano Elias. A regulação do estado brasileiro e a contratualização administrativa In: Direito Público no Mercosul: Intervenção Estatal, Direitos Fundamentais e Sustentabilidade.1 ed.Belo Horizonte : Fórum, 2013, p. 81-92.
 9. GABARDO, Emerson, REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento In: Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina.1 ed.Belo Horizonte : Fórum, 2011, v.1, p. 125-148.
 10. GABARDO, Emerson, REIS, Luciano Elias. O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente In: Direito administrativo contemporâneo.2 ed.Belo Horizonte : Fórum, 2011, p. 151-171.
 11. REIS, Luciano Elias. Princípios jurídicos e sua eficácia jurídica. In:Estado, Direito e Sociedade. São Paulo : IGLU Editorial, 2010, p. 225-262.
 12. REIS, Luciano Elias. Considerações acerca da consulta tributária e seus efeitos imediatos In: Revista dos Advogados Iniciantes da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Paraná.1 ed.Curitiba : Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, 2006, v.2, p. 367-386.

Artigos completos publicados em periódicos

1. BACKES, Camila; REIS, Luciano Elias. A licitação pública e sua finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável. Revista Juris Plenum Direito Administrativo. v.1, p.1 - 19, 2016.
2. GUERIOS, F. A. O.; REIS, Luciano Elias. Breve análise comparativa entre os tribunais de contas do Brasil e de Portugal. Juris Plenum Direito Administrativo. v.III, p.147 - 166, 2016.

3. REIS, Luciano Elias. Revogação da licitação pública: aspectos conceituais, procedimentais e de controle judicial. *Juris Plenum Direito Administrativo*. v.1, p.63 - 92, 2016.
4. OLIVEIRA, Pamela D. Justen de; REIS, Luciano Elias. Tendências legislativas e jurisprudenciais da licitação no Brasil. *Fórum de Contratação e Gestão Pública (Impresso)*, v.15, p.50 - 58, 2016.
5. REIS, Luciano Elias; CAMILO, Mariana. A Lei n. 12.846/13: a corrupção e a natureza jurídica da lei. *Revista de Direito Administrativo e Contemporâneo*. v.21, p.13-28, 2015.
6. REIS, Luciano Elias; ANJOS, Tamires C. P. Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a publicidade do orçamento estimado. *Juris Plenum Direito Administrativo*. v.02, p.101 - 127, 2015.
7. REIS, Luciano Elias. A publicidade nas licitações. *Revista de Licitações e Contratos - LICICON*. v.VII, p.210 - 217, 2014.
8. REIS, Luciano Elias. Julgamento dos atestados de capacidade técnica e o formalismo moderado. *Governet. Boletim de Licitações e Contratos*. v.10, p.838 - 841, 2014.
- 9.. REIS, Luciano Elias, RIBAS, Mirelle. Limites do controle judicial no exame dos critérios de avaliação do concurso público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. v.12, p.57 - 81, 2014.
10. REIS, Luciano Elias. O direito de acesso às licitações públicas e aos contratos administrativos. *Boletim Governet de Administração Pública e Gestão Municipal*. v.4, p.1253 - 1256, 2014.
11. REIS, Luciano Elias. O problema chamado pesquisa de mercado e a recente Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 05/2014. *REVISTA JML DE LICITAÇÕES E CONTRATOS*. v.VIII, p.17 - 26, 2014.
12. REIS, Luciano Elias, SIQUEIRA, R. C. C. Parecer sobre a impossibilidade de uso do pregão para a contratação de serviços advocatícios. *Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC*. v,jun, p.586 - 595, 2014.
13. REIS, Luciano Elias. Sócios em comum e participação nas licitações. *Revista de Licitações e Contratos - LICICON*. v.VII, p.117 - 125, 2014.
14. REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: breves reflexões críticas. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*. v.4, p.113 - 122, 2014.
15. REIS, Luciano Elias, PASTRE, Diogo William Likes. A imprescindível defesa prévia no processo administrativo sancionador. *Revista Síntese Direito Administrativo*. v.8, p.9-23, 2013.
16. RIBEIRO, M. C., GABARDO, Emerson, REIS, Luciano Elias. As propostas de mutação no regime das fundações privadas no Brasil: desenvolvimento institucional e velamento pelo Ministério Público. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*. v.14, p.563 - , 2013.
17. REIS, Luciano Elias. Dos tratados internacionais: o procedimento para a sua elaboração e a existência de pressupostos formalísticos para a concretização de uma denúncia sob o prisma da Constituição de 1988. *Direito Público (Porto Alegre)*. v.9, p.97 - 120, 2013.

18. REIS, Luciano Elias. O credenciamento e o dever de respeito ao princípio da isonomia. *Negócios Públicos*. v.IX, p.18 - 23, 2013.
19. REIS, Luciano Elias. Pagamento de décimo terceiro salário aos secretários municipais. *Governet. Boletim Recursos Humanos*. v.9, p.134 - 141, 2013.
20. REIS, Luciano Elias. A dispensa de licitação com base no art. 24, inc. XIII, para concurso público e a posição do TCU. *Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC*. v.217, p.253 - 256, 2012.
21. REIS, Luciano Elias. Aposentadoria especial de servidor público estadual e a competência legislativa do Governador do Estado. *Revista Síntese Direito Administrativo*. v.7, p.204 - 215, 2012.
22. REIS, Luciano Elias. Controle da Revogação na Licitação Pública. *Revista Síntese Direito Administrativo*. v.7, p.126 - 157, 2012.
23. REIS, Luciano Elias. A arbitragem e a Constituição da República de 1988. *Âmbito Jurídico*. v.94, p.1 - , 2011.
24. REIS, Luciano Elias. Breves considerações sobre a modalidade pregão e as obras e os serviços de engenharia. *Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC*. v.214, p.1181 - 1183, 2011.
25. REIS, Luciano Elias, NASCIMENTO NETO, José Osório. O princípio da diferença da teoria da justiça face às transferências voluntárias e à gestão associada de serviços públicos pela administração pública. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v.1, p.01 - 33, 2011.
26. GABARDO, Emerson, REIS, Luciano Elias. O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF*. v.1, p.167 - 194, 2011.
27. REIS, Luciano Elias. Os cargos em comissão e o princípio da irredutibilidade de vencimentos. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF-IDAF*. v.mar/11, p.746 - 748, 2011.
28. REIS, Luciano Elias. Visto na entidade profissional competente na fase de habilitação - exigência editalícia ilegal. *Revista Síntese Direito Administrativo*. v.6, p.197 - 200, 2011.
29. REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional (Impresso)*. v.42, p.177 - 190, 2010.
30. REIS, Luciano Elias. Taxa de coleta de lixo na conta de água?. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF-IDAF*. v.101, p.449 - 452, 2009.
31. REIS, Luciano Elias. O fortalecimento da consensualidade e o declínio das cláusulas exorbitantes. *Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC*. v.170, p.366 - 371, 2008.
32. JUNKES, R. V., REIS, Luciano Elias. Sanções administrativas em licitações. *Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC*. v.159, p.473 - , 2007.
33. REIS, Luciano Elias. Os limites das alterações qualitativas nos contratos administrativos. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional (Impresso)*. v.25, p.109 - 132, 2006.
34. REIS, Luciano Elias. Recursos administrativos - Interface com o regime processual civil. *Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC*. v.130, p.1148 - 1154, 2004.

Trabalhos publicados em anais de eventos (completo)

1. REIS, Luciano Elias. Inovações legislativas nas contratações administrativas para a incrementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica In: Seminário Ítalo-Brasileiro, 2011, Curitiba. Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p.115 – 146.
2. NASCIMENTO NETO, José Osório, REIS, Luciano Elias. Novas concepções sobre a desconsideração da personalidade jurídica na forma inversa como desafio contemporâneo do direito para a empresa In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p.4606 – 4617.

Trabalhos publicados em anais de eventos (resumo)

1. REIS, Luciano Elias. O consensualismo e os convênios administrativos In: III Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica, 2011, Curitiba. ANAIS DO SIMPÓSIO DE PESQUISA E INICIAÇÃO CIENTÍFICA. 2011. p.01 – 97.

Trabalhos publicados em anais de eventos (resumo expandido)

1. REIS, Luciano Elias. O fomento ao desenvolvimento nacional sustentável por meio das licitações públicas e dos contratos administrativos: um novo viés de regulação estatal In: V Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica, 2013, Curitiba. Anais do V Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica. Curitiba: Unicuritiba, 2013. v.2. p.64 – 65.

Breve Currículo

Luciano Elías Reis

Advogado e sócio do Reis & Lippmann Advogados; Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA; Professor convidado da Pós-Graduação da UNICURITIBA, UNIBRASIL, Universidade Tuiuti do Paraná, PUC-PR, dentre outras. Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR; Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Paraná; Integrante do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Integrante do Conselho Consultivo da Agência Reguladora do Paraná – AGEPAR; Palestrante de diversos cursos abertos e in company no Brasil; Autor de diversos artigos jurídicos; autor dos livros “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o desenvolvimento do Estado” (Editora Juruá, 2013) e “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência” (2. ed. Editora Negócios Públicos, 2015).

"Não é objetivo do autor que haja o esgotamento dos temas tratados, mas tão somente uma orientação objetiva, clara e rápida para auxiliar o gestor público na sua atuação perante o ciclo da contratação pública, envolvendo assim a fase interna, a fase externa da licitação e a fase da gestão e execução contratual." (autor)

"o acesso a tais orientações – concisas, objetivas e precisas –, não à toa apresentadas em linguagem de fácil compreensão, permite a quem a elas tiver acesso ponderar o que pode, como pode e o que não pode ser feito em cada caso examinado, de modo a evitar perda de tempo e/ou de recursos (públicos ou privados) em investidas juridicamente proibidas ou temerárias, por conta das quais os envolvidos podem se ver expostos à responsabilização civil, criminal, disciplinar e mesmo por ato de improbidade administrativa. Ou seja, a seleta se revela como de consulta obrigatória.

Assim sendo, sem medo de errar, afiançamos a obra e seu criador como merecedores da mais distinguida consideração e respeito. Afinal de contas, é preciso considerar, ademais, que o advogado Luciano Elias Reis ostenta a condição de Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná, faz anos, o que reforça nosso pessoal entendimento no sentido de que, a despeito de ainda relativamente jovem, não falta a ele conhecimento, seriedade, credibilidade e maturidade para tratar dos assuntos-problema diuturnamente enfrentados e superados na gestão pública federal, estadual e municipal." (trecho do prefácio do Prof. Dr. Daniel Ferreira)

