



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA

PROCESSO: SEI-220006/000378/2020

REFERÊNCIA: Edital nº 001/2021.

OBJETO: Contratação de pessoa jurídica para, com exclusividade, em favor da LOTERJ, prestar os serviços de: criação de produtos lotéricos, aqui compreendidos os jogos e eventos que envolvam sorteios e registros de apostas, a distribuição e comercialização dos produtos de loteria de prognósticos, de loteria instantânea, de jogos que envolvam aposta de cotas fixas em modalidades esportivas, sejam em meio físico ou não, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e, também, a elaboração, a propositura, a orientação e a execução de campanhas publicitárias relativas aos jogos desenvolvidos e comercializados no âmbito do contrato a ser originado neste certame.

IMPUGNANTE: Welber Müller Guimarães Oliveira

I - DAS PRELIMINARES

Trata o presente documento da análise e julgamento de impugnação ao Edital de Concorrência Pública nº 001/2021, impetrada tempestivamente no dia 21 de junho de 2021 por Welber Müller Guimarães Oliveira contra as regras editalícias, exigindo a exclusão e modificação de diversos itens ali contidos.

O Edital foi publicado no DOERJ do dia 18/05/2020 e a abertura da sessão pública agendada para o dia 05/07/2021.

Em que pese a legitimidade do impugnante, nos termos do art. 41, §1º da Lei n. 8.666/93 e todas as jurisprudências reportadas em sua peça, verificam-se que sérias incongruências entre a linha de argumentação da peça e o caso concreto, *data maxima venia*. Nesse sentido, nos parece que faltou a compreensão sobre a complexidade do objeto e sua mecânica de remuneração do futuro contratado (que é variável na medida em que ele executa a distribuição e a venda dos produtos lotéricos). Em resumo, não se trata de contratação de serviço, tal como manutenção predial, locação de automóveis, dentre outros, mas de objeto complexo com pontos de interdependência, tal como apresentado no Edital e ANEXO III do Edital, principalmente.

E vamos aproveitar a oportunidade para esclarecer: com a contratação almejada, a LOTERJ busca aumentar a arrecadação do Estado do Rio de Janeiro e não realizar uma simples despesa – essa premissa é fundamental para compreensão do Edital e da execução contratual.

Ademais, também vale destacar desde logo que o regime da contratação é o

da Lei n. 8.666/93 e não o da Lei de n. 8.987/95. Ademais, tal modelo de contratação é historicamente realizado pela LOTERJ desde os anos 90 do século passado, motivos pelos quais creditamos que boa parte da impugnação seja fruto de desconhecimento da matéria e do setor de loterias estaduais. Apenas para exemplificar, podemos citar os seguintes processos administrativos desta autarquia: E-04/LOTERRJ/0067/1998¹; E-04/LOTERRJ/1059/2004²; E-12/080/59/2016³; E-12/080/286/2018⁴ e tantos outros – todos apreciados pela **Egrégia Corte de Contas**, vale destacar.

Também vale destacar que o art. 1º do Decreto-Lei n. 204/67 vedava o regime de concessão para as loterias⁵, motivo pelo qual a LOTERJ explora diretamente suas loterias, utilizando-se de um prestador de serviços, nos moldes da contratação almejada. Em resumo, a possibilidade de exploração pelo regime de concessão apenas foi confirmado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁶. Novamente e com todo respeito, nos parece que se houvesse um conhecimento maior da matéria, o presente expediente seria desnecessário.

Realizado essa introdução, vejamos o resumo das alegações e as pertinentes respostas na sequência.

II – DAS ALEGAÇÕES

Em apertada síntese, a impugnante alega a necessidade de retificar o edital em relação aos pontos a seguir:

- a) Exclusão do item 9.1.1. *“No prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, contados da adjudicação do contrato, a Licitante vencedora deverá pagar à LOTERJ a quantia de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) a título de adiantamento do cumprimento da meta financeira do primeiro ano de contrato”.*
- b) Exclusão do item 6.6.1.1: *“Comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com cada tipo de serviço que compõe o objeto da licitação. Esta comprovação será feita por meio de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, contendo as exigências do inciso II, do artigo 30, da Lei n. 8.666/93”.*
- c) Alteração do item 12.8: *“O atraso nos pagamentos por parte da contratada à LOTERJ sujeitará ao pagamento da multa de 10% (dois por cento) sobre o valor do débito, atualizado monetariamente pelo IGPM da Fundação Getúlio Vargas ou*

¹ EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA LOTERIA INSTANTÂNEA E MISTA.

² EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA LOTERIA INSTANTÂNEA E MISTA.

³ EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA LOTERIA INSTANTÂNEA.

⁴ EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA LOTERIA CONVENCIONAL DE MÚLTIPLAS CHANCES.

⁵ “Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei”.

⁶ Vide as Ações de Descumprimento de Preceitos Fundamentais número 492 e número 493.

outro índice oficial que venha a substituí-lo, e acrescido dos juros de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês”.

- d) *Exclusão do item 7.8: “As pessoas jurídicas participantes poderão ser representadas no ato licitatório por seu representante legal, desde que apresente o original ou cópia autenticada do Ato Constitutivo acompanhado da carteira de identidade, ou por procurador munido do instrumento procuratório, outorgado pelo representante legal da empresa, com firma reconhecida. Estes documentos deverão ser entregues fora de qualquer envelope ao Presidente da Comissão de Licitação, junto com os envelopes “A” e “B”. Os Licitantes que não se fizerem presentes pela forma estabelecida neste subitem, ficarão impedidos de se manifestar durante os trabalhos”.*
- e) *Vedação de utilização de garantia e exigência de patrimônio líquido.*

IV – DA ANÁLISE

De conhecimento da impugnação apresentada, passa-se a analisar as alegações da Impugnante:

a) Exclusão do item 9.1.1

A antecipação de receita visa o suporte dos custos operacionais incumbidos contratualmente à Autarquia, e não a garantia de manutenção de proposta (art. 31, III da Lei 8.666/93), já que esta possui como objetivo primordial medir a qualificação econômico-financeira dos licitantes no momento da apresentação dos documentos habilitatórios.

Além disso, a antecipação de receitas está relacionada com as metas financeiras assumidas pelo contratado. Novamente cabe sublinhar que nas licitações anteriores, sempre houve a imposição de regime de atingimento de metas, dentre elas as financeiras. Tal mecânica serve, para dentre outras coisas, medir a eficiência da execução contratual e preservar o Erário de eventuais influxos de mercado.

Também deve ser considerado que 70% do resultado líquido da LOTERJ é empregado na assistência social do Estado do Rio de Janeiro em sentido amplo, daí que o regime de meta é em última análise a garantia de recursos em favor de milhares de cidadãos carentes. Esse debate já foi enfrentado pela Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) **desde 1998** (Processo TCE n. 101429-3/1998).

Sendo assim, os requisitos de qualificação econômico-financeira não se confundem com o regime de metas do contrato, motivo pelos quais o item deve ser mantido na íntegra.

b) Exclusão do item 6.6.1.1

A justificativa apresentada encontra-se em consonância ao item 11.1, visto que o limite percentual da garantia contratual poderá ser elevado para até 10% (dez por cento),

para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (certames com valor estimado superior a R\$ 37.500.000,00) que envolva alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente.

Não se pode perder de mira que a competição deve ser estabelecida entre os agentes que realmente possuam capacidade de entregar o serviço para Administração, pois a seleção “por baixo” não resulta na melhor escolha, mas em frustração e ineficiência, é sempre bom lembrar.

c) Alteração do item 12.8

Não existe motivo para tal dúvida, vez que a minuta contratual (Anexo XI) na cláusula destinada às condições de pagamento informa expressamente o valor da multa contratual em caso de atraso:

CLÁUSULA NONA: CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

PARÁGRAFO SEXTO - *O atraso nos pagamentos por parte da CONTRATADA à CONTRATANTE sujeitará ao pagamento da multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito, atualizado monetariamente pelo IGPM da Fundação Getúlio Vargas ou outro índice oficial que venha a substituí-lo, e acrescido dos juros de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês.*

Portanto, trata-se de mero erro material⁷, cabendo apenas o ajuste do item 12.8 à cláusula contratual através de errata.

Sendo assim, onde se lê:

12.8 O atraso nos pagamentos por parte da contratada à LOTERJ sujeitará ao pagamento da multa de 10% (dois por cento) sobre o valor do débito, atualizado monetariamente pelo IGPM da Fundação Getúlio Vargas ou outro índice oficial que venha a substituí-lo, e acrescido dos juros de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês.

Leia-se:

12.8 O atraso nos pagamentos por parte da contratada à LOTERJ sujeitará ao pagamento da multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito, atualizado monetariamente pelo IGPM da Fundação Getúlio Vargas ou outro índice oficial que venha a substituí-lo, e acrescido dos juros de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês.

d) Exclusão do item 7.8 do Edital.

O reconhecimento de firma é exigência que se justifica para oferecer segurança jurídica, mediante a qual se firma a certeza de que a emissão de vontade constante no instrumento resulta, verdadeiramente, da parte que o subscreveu (art. 411 do CPC).

⁷ Mesmo índice adotado no Edital de Concorrência n. 001/2018.

Mais ainda, a cláusula consta da Minuta Padrão da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (disponível em: <https://pge.rj.gov.br/entendimentos/minutas-padrao/01-editais-modalidades-comuns> - acesso em 23.06.2021).

e) Garantia e Capital Social

Novamente com as devidas permissões, a impugnação faz confusão entre as exigências do Edital, pois faz confusão entre garantia de proposta (art. 31) com garantia de execução (art.56), incluindo ainda a exigência de capital social mínimo (§3º do art. 31).

A confusão é tamanha, que a impugnação aponta julgado do Egrégio Tribunal de Contas da União (Acórdão 2743/2016) que contraria o fundamento da própria impugnação. Neste Acórdão, o próprio TCU faz a distinção entre garantia de participação com garantia de execução. No primeiro caso é uma compensação pela frustração do vencedor do certame em não assinar o contrato (afinal a Administração teve despesas para realizar o certame). No segundo caso, é a compensação por descumprimento do contrato já em curso.

E, finalmente, nenhuma das garantias acima se confunde com a exigência de Capital Social mínimo, pois este é, na verdade a evidência da musculatura econômica do licitante. Deve-se compreender o objeto que está sendo licitado, pois de nada adiantará à LOTERJ contratar com pessoa incapaz de realizar campanhas de marketing, contratar servidores nos melhores padrões de mercado e assim por diante. Em suma, não basta estabelecer uma competição, mas deve-se estabelecer uma competição entre aqueles que, ao final, não irão causar prejuízos à Administração (frustração da execução contratual).

Portanto, não podemos atender às reivindicações do Impugnante com base no fundamento apresentados.

V – DA DECISÃO

Isto posto, **CONHEÇO** da Impugnação interposta por Welber Müller Guimarães Oliveira, no processo licitatório SEI-220006/000378/2020 referente ao Edital de Concorrência nº 001/2021 e no mérito, determinar a correção do erro material acima apontado através de errata, e, quanto aos demais apontamentos da impugnação **NEGAR SEU PROVIMENTO** mantendo-se inalterado os demais itens e condições do Edital em comento.

Paralelamente, a data da licitação deve ser mantida diante da regra constante da parte final do artigo 21, §4º da Lei n. 8.666/93, pois a correção não altera a formulação das propostas.

Vanessa C. Freixo
Diretora de Operações
44003668

VANESSA
DA
CONCEICAO
FREIXO:0247
9608700

Assinado de
forma digital por
VANESSA DA
CONCEICAO
FREIXO:02479608
700
Dados: 2021.06.24
17:50:29 -03'00'

WELBER MÜLLER

ADVOCACIA

**ILMO. (A) SR. (A) PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA
LOTERJ – CPL.**

IMPUGNAÇÃO

Ref.: Concorrência nº 001/2021 – Processo nº SEI – 220006/000378/2020

WELBER MÜLLER GUIMARÃES OLIVEIRA, brasileiro, solteiro, advogado, CPF nº 644.606.903-06, Documento de Identidade nº 99010122477, com escritório na Rua Boa Vista, nº 28, São Francisco, Niterói – RJ, E-mail: welber.muller@hotmail.com, vem, tempestivamente, na qualidade de cidadão, com fulcro no art. 41, §1º, da Lei nº 8.666/93, e art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal de 1988, impugnar o Edital da Concorrência nº 001/2021, fazendo-o com fulcro nos fatos e fundamentos abaixo expostos:

Neste eito, aproveita-se o ensejo para o recebimento da presente impugnação e o seu devido processamento e, caso Vossa Senhoria não seja a autoridade competente para realizar os atos retro mencionados, desde já se requer o envio deste petição à autoridade competente.

I – DAS PRELIMINARES

A – Da legitimidade do impugnante

Inicialmente, cumpre destacar que o Impugnante possui legitimidade para realizar o presente ato, uma vez que o art. 41, §1º, da Lei nº 8.666/93, permite que qualquer cidadão impugne editais por irregularidade na aplicação da referida lei, a seguir:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Além da norma geral de licitações estabelecer expressamente a legitimidade do cidadão para impugnar editais de licitação, a Carta Magna em seu art. 5º, inciso XXXIV, assegura a todos o direito de petição aos Poderes Públicos, conforme se observa abaixo:

Art. 5º

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Logo, é ululante o direito do Peticionário de realizar o presente ato e de ter a sua impugnação recebida e devidamente processada.

II – DOS FATOS

Trata-se da Concorrência nº 001/2021 – Processo nº SEI – 220006/000378/2020, cujo objeto é:

2.1. O objeto da presente **CONCORRÊNCIA** é a contratação de pessoa jurídica para, com exclusividade em favor da LOTERJ, prestar os serviços de: criação de produtos lotéricos, aqui compreendidos os jogos e eventos que envolvam sorteios e registros de apostas; a distribuição e comercialização dos produtos de loteria de prognósticos, de loteria instantânea de jogos que envolvam aposta de cotas fixas em modalidades esportivas, sejam em meio físico ou não, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro; e, também, a elaboração, a propositura, a orientação e a execução de campanhas publicitárias relativas aos jogos desenvolvidos e comercializados no âmbito do contrato a ser originado neste certame; tudo na forma do TERMO DE REFERÊNCIA (ANEXO III) deste edital.

Contudo, apesar da elevada competência e conhecimento dos seus elaboradores, o instrumento convocatório possui ilegalidades que devem ser sanadas, sob pena de nulidade de todo o processo em tela.

Com efeito, a primeira ilegalidade encontrada está no subitem 9.1.1 do edital, o qual pede o pagamento de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) da empresa adjudicatária, a qual sequer assinou contrato, conforme se observa abaixo:

9.1.1. No prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, contados da adjudicação do contrato, a Licitante vencedora deverá pagar à LOTERJ a quantia de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) a título de adiantamento do cumprimento da meta financeira do primeiro ano de contrato.

Ora, a lei, a jurisprudência e a doutrina são claras ao dispor que é vedada a exigência de gastos antes da contratação bem como a exigência da garantia da proposta maior que 1%, conforme será demonstrado no item III desta impugnação.

Assim, deve-se ressaltar que o edital estabelece em seu subitem 4.3 que o valor estimado da presente contratação é de R\$ 260.510.000,00 (duzentos e sessenta milhões quinhentos e dez mil reais, veja-se:

4.3. O valor contratual estimado mínimo é de R\$ 260.510.000,00 (duzentos e sessenta milhões e quinhentos e dez mil reais), tendo como base de cálculo a aplicação do percentual estabelecido no subitem 7.10 sobre o NET-WIN⁶.

Logo, o valor da garantia da proposta deveria ser, no máximo, de R\$ 2.605.100,00 (dois milhões, seiscentos e cinco mil e cem reais) e não os exorbitantes trinta milhões de reais.

Também deve ser destacado que a jurisprudência do TCU dispõe que é ilegal exigir a prestação de garantia da proposta cumulativamente com a apresentação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo. (Acórdãos 2338/06, 1905/09 e 2272/11, todos do Plenário).

Contudo, na presente licitação há exigência de comprovação de capital mínimo, conforme se observa no seu subitem 6.5.1, alínea “c”, que versa o seguinte:

6.5. DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

6.5.1 Para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

- c. Comprovação de ser dotado de capital social ou de patrimônio líquido mínimo igual ou superior a R\$ 26.051.000,00 (vinte e seis milhões e cinquenta e um mil reais), correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado mínimo da contratação¹³.

Neste diapasão, também deve ser ressaltado que a adjudicação não se confunde com a assinatura contratual, uma vez que a adjudicação é prévia à contratação e à homologação, sendo a assinatura um ato posterior à adjudicação e à homologação, o que é corroborado pelo item 9.2 do edital, que expressamente faz a distinção entre o ato de adjudicar e a assinatura contratual, pois diz que o “adjudicatário” (aquele que teve o objeto a si adjudicado) deve assinar o contrato no prazo fixado, *in verbis*:

9.2. Deixando o adjudicatário de assinar o contrato no prazo fixado, poderá a **LOTERIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – LOTERJ**, sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas ao faltoso, convocar os Licitantes remanescentes que tiverem sido habilitados, na respectiva ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas condições propostas pelo primeiro classificado.

Por fim, ao se analisar o item em que está inserida a referida exigência (9 – DA ADJUDICAÇÃO, DA HOMOLOGAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO), percebe-se que a adjudicação em comento é a realizada antes da homologação e da contratação.

Então, percebe-se que a exigência do pagamento dos trinta milhões não pode ser feita antes da contratação, uma vez que é proibido obrigar o licitante a realizar gastos antes da contratação e tampouco pode ser confundida com uma garantia da proposta, uma vez que está bem acima do 1% do valor estimado do objeto da contratação, e sequer pode ser tida como garantia do contrato, tendo em vista que ela é de 5% do valor do contrato, conforme estabelece o item 11.1, que assim versa:

11.1. Exigir-se-á do licitante vencedor, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data da assinatura do contrato, uma garantia, a ser prestada em qualquer modalidade prevista pelo §1º do art. 56 da Lei n. 8.666/93, da ordem de 5% (cinco por cento) do valor do contrato, nos termos do §2º do mesmo dispositivo, a ser restituída após sua execução satisfatória.

Logo, esta exigência deve ser retirada do instrumento convocatório.

Ao prosseguir na análise do edital, também fora observado no subitem 6.6.1.1 a exigência indevida de atestado de capacidade técnica, conforme se observa abaixo:

6.6.1.1 Comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com cada tipo de serviço que compõe o objeto da licitação. Esta comprovação será feita por meio de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, contendo as exigências do inciso II, do artigo 30, da Lei n. 8.666/93¹⁵.

Ora, o objeto do presente contrato só teve a sua permissão concedida após a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 30/09/2020, publicado em acórdão do dia 15/12/2020, que julgou procedentes as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 492 e 493, e decidiu, por unanimidade, que a União não detém o monopólio para manter jogos lotéricos previstos nos artigos 1o e 32 do Decreto-Lei 204/1967, pois esses não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, e que, portanto, loteria é prestação de serviço público podendo ser explorada pelos estados, desde que estejam de acordo com a regulamentação federal.

Assim, não há como se exigir dos licitantes um atestado de um objeto que sequer poderia ser explorado, uma vez que apenas a União poderia fazê-lo.

Logo, essa exigência é impossível de ser cumprida por empresas brasileiras, fazendo assim que haja uma total afronta ao princípio da concorrência e da razoabilidade.

Com efeito, outro ponto que merece ser reformado é o subitem 12.8 do edital, o qual estabelece que o atraso de pagamento sujeitará ao pagamento de multa, contudo, o edital informa em algarismo que a multa será de 10%, mas em extenso informa que a multa será de dois por cento, veja-se:

12.8. O atraso nos pagamentos por parte da contratada à **LOTERJ** sujeitará ao pagamento da multa de 10% (dois por cento) sobre o valor do débito, atualizado monetariamente pelo IGPM da Fundação Getúlio Vargas³⁰ ou outro índice oficial que venha a substituí-lo, e acrescido dos juros de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês.

Neste eito, há uma séria dúvida quanto ao valor efetivo a ser devido pelo atraso no pagamento, uma vez que havendo a necessidade de aplicação da multa, não se saberá ao certo qual o percentual que deverá ser aplicado.

Contudo, estas não foram as únicas irregularidades encontradas, tendo em vista que o subitem 7.8. faz a exigência de firma reconhecida, o que não encontra amparo no ordenamento jurídico, a seguir:

7.8. As pessoas jurídicas participantes poderão ser representadas no ato licitatório por seu representante legal, desde que apresente o original ou cópia autenticada do Ato Constitutivo acompanhado da carteira de identidade, ou por procurador munido do instrumento procuratório, outorgado pelo representante legal da empresa, com firma reconhecida. Estes documentos deverão ser entregues fora de qualquer envelope ao Presidente da Comissão de Licitação, junto com os envelopes "A" e "B". Os Licitantes que não se fizerem presentes pela forma estabelecida neste subitem, ficarão impedidos de se manifestar durante os trabalhos.

Logo, tal exigência é considerada restritiva de participação e, portanto, não pode ser exigida nos editais, conforme pacífico entendimento dos tribunais pátrios.

Por fim, fora observado que não há no edital procedimentos necessários para a promoção do combate à ludopatia, o que configura uma afronta ao princípio da supremacia do interesse público e um risco à saúde pública.

Diante do exposto, não restou outra solução ao Impugnante senão protocolar o presente petição.

III – DO DIREITO

A - Da Violação aos Princípios Norteadores da Licitação.

Primeiramente, cumpre enunciar que os procedimentos licitatórios são norteados por princípios de ordem pública, os quais, implícita ou explicitamente, impõem à Administração Pública os moldes de como se deve atuar na busca da proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Logo, a violação de um princípio é mais grave que a violação de uma regra comum, conforme ensina Alex Muniz Barreto, *in verbis*:

Como os princípios consubstanciam-se em preceitos fundamentais sobre os quais se erigem os demais institutos jurídicos, tem-se como incontroverso o fato de que a violação de um princípio possui maior gravidade do que a violação de uma regra comum. (*Direito Administrativo Positivo*. 4ª ed. Leme: CL EDIJUR, 2015, p.121)

No presente caso fora observado e demonstrado que houve afronta ao princípio da legalidade, uma vez que o subitem 9.1.1 do edital, o qual pede o pagamento de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) da empresa adjudicatária, a qual sequer assinou contrato, o que é vedado expressamente pela lei, jurisprudência e doutrina, conforme se demonstra abaixo. Logo, há clara afronta ao princípio da legalidade.

Com efeito, o artigo 14, *caput*, da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, bem como o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Lei nº 8.987/95

Art. 14. **Toda concessão de serviço público**, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria **e com observância dos princípios da legalidade**, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. (grifou-se)

Constituição Federal/88

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifou-se)

Lei nº 8.666/93

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. (grifou-se)

A exigência em tela também afronta o art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que versa o seguinte:

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

[...]

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

Também deve ser destacado que a jurisprudência é pacífica ao estabelecer que não pode haver a cumulatividade entre a garantia da proposta e a exigência de patrimônio líquido mínimo, veja-se:

A exigência de garantia de participação na licitação, concomitantemente com a de patrimônio líquido mínimo ou de capital social mínimo, afronta o disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993, ainda que a prestação de garantia seja exigida como requisito autônomo de habilitação, deslocada no edital das exigências de qualificação econômico-financeira.

Ao apreciar representações contra a Concorrência 01/2014 promovida pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), cujo objeto é a concessão de área da União para ampliação, modernização, manutenção e exploração de serviços de transporte ferroviário de passageiros na Estrada de Ferro do Corcovado – Trem do Corcovado, no trecho Cosme Velho-Corcovado/RJ, o relator inicialmente determinara a suspensão cautelar do certame diante das irregularidades apontadas, entre elas a inobservância às disposições do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993, cumulação de patrimônio líquido com garantia da proposta para fins qualificação econômico-financeira. Ao examinar o mérito, o relator confirmou a irregularidade em questão, “apesar de a previsão de garantia de manutenção de proposta não estar incluída no item editalício específico da qualificação econômico-financeira (isto é, no subitem 8.2.9.2 do Edital, Peça 10, p. 23), a Lei 8.666/1993 a inclui no rol da documentação relativa à qualificação econômico-financeira. **Há, portanto, cumulação de dois requisitos para a qualificação econômico-financeira sem o devido amparo legal: exigência de patrimônio líquido igual ou superior a 5% (parte final do subitem 8.2.9.2.2 do Edital) e de garantia de manutenção de proposta de 1% (subitem 8.2 e 8.2.1 do Edital), ambos sobre o valor estimado do futuro contrato**”. Destacou a jurisprudência pacífica do Tribunal nesse sentido, inclusive o Enunciado da Súmula de Jurisprudência do TCU 275: “**Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços**”. Ainda em reforço, o relator mencionou o Acórdão 1.905/2009 Plenário, para destacar que mesmo sendo a prestação de garantia apresentada como requisito autônomo de habilitação, deslocada no edital do item das exigências de qualificação econômico-financeira, não deixa de ser uma exigência da espécie, pois está prevista na lei como tal, e, portanto, irregular se cumulada com comprovação de patrimônio líquido mínimo ou de capital social mínimo. Não obstante a falha apurada, concluiu o relator não haver nos autos elementos contundentes a demonstrar que tal ocorrência fora determinante para comprometer a competitividade do certame e direcionar o resultado ao único concorrente da licitação, de modo a

justificar a anulação do certame. Desse modo, e considerando a relevância e a necessidade do serviço, propôs considerar as representações parcialmente procedentes, revogar a medida cautelar e dar ciência da irregularidade ao ICMBio, no que foi acompanhado pelo Colegiado. (Acórdão 2743/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer) Grifou-se

334 – Não viola o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 o edital da licitação exigir comprovação de patrimônio líquido mínimo pelo licitante, para fins de qualificação econômico-financeira, concomitantemente com previsão de prestação de garantia contratual (art. 56) pelo contratado. **Afronta aquele dispositivo legal a exigência simultânea de patrimônio líquido mínimo e de garantia de participação na licitação (art. 31, inciso III) como requisitos de habilitação.** O TCU apreciou processo de representação a respeito de supostas irregularidades em pregão eletrônico para registro de preços promovido pela Eletrobrás, cujo objeto era a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração do benefício auxílio alimentação. A primeira representante alegara “que a estatal não poderia exigir, no edital de licitação, comprovação de patrimônio líquido (PL) mínimo cumulado com compromisso de futura prestação de garantia contratual, eis que: (i) essa cumulação é vedada pela legislação (inciso III c/c § 2º do art. 31 da Lei 8.666/1993); e (ii) a soma do valor do PL com o da garantia, no caso concreto, superaria o limite de 10% do valor estimado para a contratação (§ 3º do art. 31 da Lei 8.666/1990). Além disso, a exigência de PL no valor de R\$ 42 milhões implicaria, dado o vulto, em restrição ao caráter competitivo da licitação (inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993)”, e pedira a concessão de medida cautelar para suspensão do certame. A segunda representante apontara supostas irregularidades na não realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 e no não parcelamento do objeto. Na apreciação preliminar, decidiu o relator em expedir a cautelar em razão de suposta irregularidade no cálculo do valor estimado da contratação, que definiria o valor exigível de patrimônio líquido, o montante da garantia de execução e a obrigatoriedade ou não de audiência pública prévia. Quanto à exigência concomitante de patrimônio líquido mínimo e de garantia de execução, entendeu o relator, na ocasião, não existir irregularidade. Para ele, “a representante demonstra confusão entre os dois tipos de garantia previstos na Lei 8.666/1993: a garantia de participação e a garantia de execução. De fato, o art. 31, §2º, da citada lei veicula as possíveis exigências para qualificação econômico-financeira no certame, e que não podem ser cumuladas quais sejam: capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantias. Já os arts. 55, inciso VI, e 56 do mesmo diploma tratam da possibilidade de exigência de prestação de garantias para a execução do contrato, que nenhuma relação guarda com a apresentação de garantia de participação, mesmo porque os objetivos dessas garantias são distintos, vez que uma se destina a comprovar a capacidade financeira para adimplir a contrato futuro, e outra se destina a assegurar a entrega do que já está contratado. Note-se que a própria disciplina dessas garantias é distinta. Enquanto o art. 31, inciso III, dispõe que a garantia de participação se limita a 1% do valor estimado do objeto da contratação, o art. 56, § 2º, assevera que a garantia de execução não excederá 5% do valor do contrato. Deve-se ainda verificar que o art. 5º da Lei 10.520/2002 veda a exigência de garantia de proposta, mas nada trata sobre a garantia de execução, no que resta aplicável o disposto na Lei 8.666/1993”. Na apreciação do mérito da matéria, reafirmou o relator seu posicionamento inicial quanto à inexistência de irregularidade neste ponto, mas propôs, e o Plenário aprovou, a procedência parcial da representação e a fixação de prazo para a anulação do pregão, em razão da ausência de audiência pública previamente ao certame.

(Acórdão 2397/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz) Grifou-se

Logo, é inconteste que a exigência do subitem 9.1.1 do edital ao ir contra a lei e a jurisprudência, também afronta o princípio da legalidade.

Com efeito, tendo em vista que o subitem 7.8. do edital também faz a exigência ilegal de firma reconhecida, o que não encontra amparo no ordenamento jurídico, também há afronta ao princípio da legalidade, o que é vedado pela jurisprudência, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no seguinte sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA EM CERTAME LICITATÓRIO.

1. A ausência de reconhecimento de firma é mera irregularidade formal, passível de ser suprida em certame licitatório, em face dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

2. Recurso especial improvido. Discute-se no presente feito, se a falta de reconhecimento de firma do advogado subscritor da proposta em feito licitatório é suficiente para eliminação do certame em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Ora, a ausência de reconhecimento de firma pode ser facilmente suprida pelos demais documentos apresentados e ao longo do procedimento licitatório (grifo nosso). Deste modo, ela se constitui em mera irregularidade, perfeitamente sanável, pois não causa qualquer prejuízo ao interesse público. 6 Nessa seara, a legalidade estrita cede terreno à instrumentalidade das exigências do edital, porquanto a irregularidade ocorrida (falta de reconhecimento de firma do instrumento de procuração) constitui-se em defeito irrelevante ao não comprometer a identificação do participante e do seu mandatário no certame. (Recurso Especial 542.333/RS – Rel. Min. Castro Meira – Segunda Turma – Data da Publicação: 07/11/05 – grifou-se)

O Tribunal de Contas da União tem o mesmo entendimento:

Acórdão 291/2014 – Plenário – TCU

9.3. Dar ciência à Prefeitura Municipal de Alto Alegre dos Parecis/RO das seguintes irregularidades e impropriedades ocorridas na Tomada de Preços 05/2013, com vistas a evitá-las em futuros certames licitatórios destinados à contratação de objetos custeados por recursos federais:

9.3.4. Inabilitação de empresa devido à ausência de reconhecimento de firma, exigência essa que apenas pode ser feita em caso de dúvida da autenticidade da assinatura e com prévia previsão editalícia, conforme entendimento desta Corte, a exemplo do Acórdão 3.966/2009-2ª Câmara; Acórdão 604/2015 – Plenário

9.3.2 a jurisprudência desta Corte de Contas considera restritiva à competitividade das licitações cláusula que exija a apresentação de documentação com firma reconhecida em cartório, conforme Acórdão 291/2014 – Plenário;

Em virtude do acima exposto, deve-se trazer aos autos a explanação acerca do princípio da legalidade, o qual estabelece que a Administração Pública apenas pode praticar atos constantes no ordenamento jurídico.

Ora, o já transcrito art. 37, inciso XXI, da Carta Política de 1988, estabelece que a Administração somente poderá exigir requisitos de ordem técnica e econômico-financeiras indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratadas, a saber:

Assim, deve-se trazer aos autos a opinião do professor Reinaldo Couto acerca da matéria, a seguir:

A CF/88 erigiu como princípio da Administração Pública a legalidade, logo a violação à lei deve ter consequência clara no sistema jurídico, qual seja, a nulidade do ato ilegal.

[...]

A anulação ou invalidação pela Administração Pública decorre do seu poder-dever de autotutela, não comportando qualquer discricionariedade, visto que, diante de qualquer ilegalidade, a Administração Pública tem, independentemente de provocação, o dever de declarar a nulidade do ato administrativo.

[...]

A autotutela não pode ser exercida sem limites, devendo ser restringida também pelos direitos fundamentais encetados na Carta Maior, inclusive o descrito no inciso LV do art.5º que consagra o contraditório e a ampla defesa. Assim, quando o seu exercício tiver como consequência restrição ou extinção a direito de terceiro (administrado ou agente público) ou alteração de situação fática ou jurídica que lhe seja favorável, haverá a necessidade de observância daquele direito fundamental. (Curso de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 260-261)

No mesmo sentido, a doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim entende:

[...] Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do estado de direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o direito administrativo nasce com o estado de direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a administração pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

[...] a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreende-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Por força mesmo destes princípios da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia. (Curso de Direito Administrativo, 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 90-91,109)

Também merecem ser trazidos mais uma vez aos autos os ensinamentos de Alex Muniz Barreto, que assim discorre:

A lei, tomada em seu sentido amplo, funciona para a Administração Pública como o elemento condutor permanente dos atos das entidades e órgãos públicos, dela não podendo se afastar, sob pena de responsabilização dos seus agentes e anulação dos seus atos, por afronta às regras incidentes em cada caso concreto. [...]

Todavia, como o Direito Administrativo disciplina a gestão dos interesses coletivos expressos em normas constitucionais e infraconstitucionais, a regularidade da atividade administrativa estatal está condicionada ao estrito cumprimento dos preceitos legais vigentes. Isso implica dizer que o administrador público deve pautar-se pelo princípio da legalidade estrita (ou da restritividade) e, por consequência, só poderá fazer o que a lei expressamente permitir. Em suma, o gestor público, além de estar proibido de agir contra (contra legem) ou além da lei (extra legem), só poderá atuar de acordo com ela (secundum legem).

Na verdade, melhor seria a designação princípio da juridicidade, haja vista que a conduta dos agentes públicos deve estar pautada não só na lei em sentido estrito (normas-regras), mas, sobretudo, nos princípios operantes no ordenamento jurídico (normas-princípios). Tal é a expressão mais ampla que melhor se coaduna com a visão contemporânea de um sistema administrativo submergido no chamado Estado Constitucional de Direito.

Esse é o significado do princípio da legalidade (ou juridicidade) que se constitui como uma das mais relevantes normas de conduta na gestão da coisa pública. Incide sobre todos os atos emanados da Administração, inclusive naqueles em que o agente público atua com certa margem de liberdade, podendo fazer opções que mais se adequem aos interesses coletivos, ou seja, nos denominados atos discricionários. Diante do princípio em análise, tal liberdade de atuação está igualmente condicionada à legalidade, vez que as opções postas à apreciação discricionária da autoridade pública devem estar todas juridicamente previstas, ou seja, a sua escolha se limitará exclusivamente às possibilidades elencadas nas normas-princípios e nas normas-regras. (Direito Administrativo Positivo, 4ª. ed. Leme: CL EDIJUR, 2015, p. 107-108)

Neste eito, fazer exigência não contida em lei é uma séria afronta ao princípio da legalidade e pode ensejar inclusive condenação dos responsáveis pelo certame em processo de Tomada de Contas Especial.

Assim, deve-se trazer aos autos jurisprudência acerca do tema:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR AS SANÇÕES IMPOSTAS E IMPEDIR A SUSPENSÃO DO CREDENCIAMENTO DA IMPETRANTE DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES.

Não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da lei nº. 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando direito líquido e certo do impetrante. (TJAC Tribunal Pleno, MS nº 5011276320108010000/AC, rel. Juiz Arquilau de Castro Melo, de 13/04/2011)

WELBER MÜLLER

ADVOCACIA

É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem 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”. Acórdão 944/2013-Plenário, TC 003.795/2013-6, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.4.2013.

TCU. Acórdão nº 7.856/2012 – 2ª Câmara.

“[Relatório de Auditoria de Conformidade. Licitação. Habilitação jurídica. Exigência de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante. Exigência inadequada, não prevista na lei de licitações. Responsáveis que não apresentaram as razões de justificativa. Inviabilizado o exame da eventual exclusão de suas responsabilidades por tais ocorrências. Aplicação de multa. Determinações.]

[RELATÓRIO]

(...)

2. A equipe de auditoria identificou (...) inúmeras irregularidades, abaixo transcritas, decorrentes da gestão pela PM de Jandaíra no convênio (...) - construção de uma creche escola; no contrato de repasse [...] - pavimentação de ruas do assentamento Santa Inez e no contrato de repasse [...] - construção de praça de eventos na sede do município, as quais foram motivo de audiência dos responsáveis, conforme relacionado no item 3 desta instrução:

(...)

2.1.2.1 Exigência inadequada, relativa à habilitação jurídica, não prevista no art. 28 da Lei 8666/93 - Alínea g do subitem 4.11 do edital:

g) [apresentar] certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante, expedida nos últimos 30 (trinta) dias que antecedem a data aprazada para o recebimento dos envelopes.’

(...)

[VOTO]

WELBER MÜLLER

ADVOGACIA

2. As irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria da Secex/RN foram assim resumidas:

[...]

II - inabilitação de empresas participantes da Tomada de Preços 4/2008, em face de exigências inadequadas e ilegais, resultando na restrição à competitividade do certame, especificamente quanto:

a) exigência inadequada de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante;

(...)

3. Embora tenham sido regulamentemente ouvidos em audiência, os mencionados responsáveis não apresentaram suas razões de justificativa, caracterizando, assim, a revelia de que trata o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992. Com isso, a Secex/RN deu prosseguimento ao exame do processo, na forma da instrução antes transcrita, conforme autorizado pelo referido dispositivo legal.

4. Considerando, pois, a gravidade dos fatos apontados pela Equipe de Auditoria e a falta de manifestação dos responsáveis, inviabilizando com isso o exame da eventual exclusão de suas responsabilidades por tais ocorrências, não há outro desfecho a ser dado ao presente caso se não a aplicação da multa proposta pela Secex/RN.

[ACÓRDÃO]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. aplicar aos responsáveis [omissis1], [omissis4], [omissis2] e [omissis3] a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, em valores individuais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), [...];

9.2. autorizar, desde logo (...) a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.3. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamentam aos responsáveis, à Prefeitura Municipal de Jandaíra/RN e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.”

TCU. Acórdão nº 1.784/2016 – 1ª Câmara

[...] a não aceitação de documentos autenticados digitalmente por cartórios competentes, encaminhados por licitantes, contraria o disposto art. 32 da Lei 8.666/93, com redação dada pela Lei 8.883/94; e de que (b) a exigência de apresentação de Certidão Simplificada da Juceb, com prazo de emissão não superior a 30 dias da data da abertura do certame, como condição para a habilitação de licitantes, contraria o disposto no § 5º, art. 30, da mesma Lei.

TCU. ACÓRDÃO Nº 802/2016 – Plenário

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. CLÁUSULAS RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE. OITIVA. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. EXAME DE MÉRITO. PROCEDÊNCIA. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME E DOS ATOS DELE DECORRENTES. CIÊNCIAS. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de representação (peça 1) apresentada, nos termos do § 1º do art. 113 da Lei 8.666/1993, pela empresa BTJ Construtora Ltda. – ME, versando sobre possíveis irregularidades no âmbito da Tomada de Preços 2/2015, promovida pela Prefeitura

Municipal de Itajuípe/BA, para a contratação de empresa de engenharia para execução de serviços de drenagem e pavimentação em paralelepípedos naquela municipalidade.

2. Os recursos federais destinados à execução do objeto, no montante de R\$ 987.600,00, são oriundos do Contrato de Repasse 01004348-77, Siafi 783.452, Siconv 33201/2013 (peça 5).

3. A representante sustenta que as seguintes cláusulas do edital causaram restrição à competitividade do certame:

a) exigência de certidão simplificada da Juceb (Junta Comercial do Estado da Bahia) com prazo de emissão não superior a 30 dias da data de abertura do certame (subitem 6.2.1.1);

[...]13. A exigência de certidão simplificada da Junta Comercial do Estado da Bahia - Juceb foi justificada como documento complementar à habilitação jurídica para comprovação das informações apresentadas, a qual, por ser de simples obtenção, não criaria óbice à participação de interessados.

14. Ocorre que referida certidão não consta do art. 28 da Lei 8.666/1993, que enumera, de forma restrita, os documentos relativos à habilitação jurídica. Sendo assim, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, a jurisprudência desta Corte não admite a exigência de documentação complementar, além da estabelecida na Lei de Licitações. Há, nesse sentido, diversas deliberações, a exemplo dos Acórdãos 1832/2011 e 1391/2009 – Plenário, 3354/2010 – 2ª Câmara, 2.122/2008-TCU-1ª Câmara, bem como do Acórdão 808/2003 – Plenário, por meio do qual se determinou à unidade jurisdicionada que se abstinhasse de estabelecer “para efeito de habilitação dos interessados, exigências que excedam os limites fixados nos arts. 27 a 33 da Lei 8.666/93” (subitem 9.2.4.1), com fundamentado no voto do relator, Ministro Benjamin Zymler:

3. O edital impugnado exigiu, para fins de habilitação, que os licitantes apresentassem diversos documentos não previstos no art. 27 da Lei 8.666/93, a saber: a) certidão de ações cíveis e execuções expedidas pela Justiça Federal; b) atestado de idoneidade financeira passado por estabelecimento bancário do domicílio ou da sede da licitante; c) certidão negativa de ação e execução expedida pelo Tribunal de Justiça do domicílio ou da sede do licitante, bem como de seus titulares; d) certidão simplificada da Junta Comercial, com prazo máximo de 30 dias da data da abertura dos envelopes e e) guia de recolhimento da contribuição sindical.

4. Os arts. 27 a 31 do Estatuto das Licitações estabelecem quais os documentos podem ser exigidos dos interessados em participar de certame promovido pelo Poder Público com o objetivo de celebrar futuro contrato. Referidos dispositivos buscam evitar que pessoas, físicas ou jurídicas, que não tenham qualificação mínima venham a ser contratadas, colocando em risco a execução do ajuste e, em última análise, o atingimento do interesse público adjacente.

5. Entretanto, a própria Norma Legal que rege a matéria veda a exigência de documentos outros que não aqueles estabelecidos nos dispositivos acima. Garante-se, com tal medida, que todos aqueles que preenchem os requisitos mínimos para contratar com a Administração possam participar do certame em igualdade de condições. Concretiza-se, dessa forma, o princípio constitucional da impessoalidade, uma vez que evita que o agente público possa, por motivos de índole subjetiva, afastar do certame este ou aquele interessado.

9.3. dar ciência ao Município de Itajuípe/BA que, em caso de novas licitações, adote as providências necessárias a evitar as ocorrências abaixo relacionadas, identificadas no edital e nos procedimentos relativos a Tomada de Preços 002/2015:

9.3.1. exigência de certidão simplificada da Juceb (Junta Comercial do Estado da Bahia) com prazo de emissão não superior a 30 dias da data de abertura do certame;

Logo, torna-se clara a vedação pelo TCU e pelos demais tribunais de exigência que não estejam em lei ou no rol constante nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93.

Cumprido ressaltar que as decisões do TCU devem ser acatadas por todos os administradores, conforme se observa na Súmula nº 222 do TCU, abaixo exposta:

Súmula 222 - TCU

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O professor Marçal Justen Filho se manifesta acerca do tema:

O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente.

[...]

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.

Essa interpretação foi adotada pelo próprio STJ, ainda que examinando a questão específica da qualificação econômica. Determinou-se que “não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31 da Lei 8.666/93” (REsp 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 11.06.2002). Os fundamentos que conduziram à interpretação preconizada para o art. 31 são extensíveis aos demais dispositivos disciplinadores dos requisitos de habilitação. (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.638, 644)

Assim, resta inconteste que a Administração Pública apenas deve se pautar no que é autorizado por lei, sob pena de nulidade do ato administrativo.

Em relação ao subitem 6.6.1.1, que faz exigência indevida de atestado de capacidade técnica, deve-se destacar que esta exigência cerceia a competitividade, pois conforme já dito acima, apenas empresas estrangeiras poderiam apresentar os atestados aqui exigidos, o que contraria o princípio da concorrência, o qual se identifica na participação maciça do maior número de licitantes, a fim de alargar as possibilidades da Administração em acessar uma maior quantidade de ofertas, aumentando, por conseguinte, a probabilidade de contrato mais vantajoso.

Com efeito, o referido princípio permite ao agente público pautar-se pela razoabilidade na escolha da conduta que melhor realize a finalidade pública do ato administrativo, flexibilizando rigorismos formais e repelindo exigências desnecessárias e impertinentes.

WELBER MÜLLER

ADVOCACIA

Neste trilhar, deve-se destacar que o princípio da competitividade está expressamente consagrado no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, que dispõe o seguinte:

Art. 3º [...]

§ 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 (...).

Com efeito, no tocante à matéria em baila, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça – STJ:

Em sistema licitatório adotado pela administração pública há de se compreender o certame como possibilitando o maior número possível de concorrentes, para que a escolha final recaia sempre na proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Não merece, em consequência, apoio o atuar administrativo que afasta concorrente por insignificantes detalhes formais e que não representam, de modo substancial, violação a qualquer regra do edital. 13 (trecho do acórdão proferido no MS 5631-DF, STJ - 1ª Seção, rel. Min. José Delgado, j. 13.5.98, concederam a segurança, v.u., DJU 17.8.98, p. 7)

Além do que o art. 37, inciso XXI, da Carta Política de 1988, em especial após a sistemática implementada pela EC n.º 19/1998, recomenda que a Administração somente poderá exigir requisitos de ordem técnica e econômico-financeiras indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratadas, a saber:

Art. 37. [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

No mesmo sentido, o art. 4º, inciso III, alínea “c”, da Lei Federal n.º 4.717/65, que regulamenta a Ação Popular e dá outras providências, considera nulo e de nenhum efeito o ato administrativo praticado no curso de Certame Licitatório que venha a restringir a Competitividade, *in verbis*:

Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no artigo 1º:

[...]

III - a empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: (...)

c) A CONCORRÊNCIA ADMINISTRATIVA FOR PROCESSADA EM CONDIÇÕES QUE IMPLIQUEM NA LIMITAÇÃO DAS POSSIBILIDADES NORMAIS DE COMPETIÇÃO.

Acerca do tema, a doutrina, José dos Santos Carvalho Filho, assim leciona, *in verbis*:

O princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica.

[...]

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem a que nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.

[...]

Corolário do princípio da igualdade é a vedação de se estabelecerem diferenças em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, ou a proibição diverso de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3º, §1º, I e II, do Estatuto).

[...]

O art. 3º do Estatuto, depois de mencionar os princípios básicos, referiu-se aos princípios correlatos. São, assim, correlatos aqueles princípios que derivam dos princípios básicos e que com estes têm correlação em virtude da matéria de que tratam.

[...]

O primeiro deles é o princípio da competitividade, correlato ao princípio da igualdade. Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiaram à custa do prejuízo de outros. Encontramos o princípio no art. 3º, §1º, I, do Estatuto. Outro princípio correlato é o da indistinção, também conexo ao princípio da igualdade, segundo o qual é vedado criar preferências ou distinções relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes (art.3º, §1º, II, Estatuto). [...] (2012, p. 231 e 233/234) grifou-se

E acrescenta, com propriedade, o respeitado doutrinador:

[...] Algumas tentativas foram feitas para proteger licitantes de um ou outro lugar da federação, mas os Tribunais as rejeitaram incisivamente. E bem o fizeram, porquanto a base última da indistinção está em sede constitucional, como se observa no art. 19, III, da Lei Maior.[...] (2012, p. 234)

Tais orientações têm amparo no inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei n. 8.666/93, que veda a interpretação limitativa, e a inclusão nos editais de cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação, como de resto já determinou o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. 1. As regras do edital de licitação de devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa (...).4. Segurança concedida.10 (Mandado de Segurança n. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/08/1998)

WELBER MÜLLER

ADVOCACIA

Neste trilhar, seguem os seguintes julgados:

Rp 1103/RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. RAFAEL MAYER Julgamento: 26/08/1982
Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Data da Publicação: 08/10/1982

LICITAÇÃO PÚBLICA. AQUISIÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS. PREFERENCIA EM RAZÃO DA ORIGEM. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 9. I. DECRETO 3.149, ART. 37, INC. VI, E PARAGRAFOS 2., 3., 4. E 6, REDAÇÃO DO DECRETO 3.776/80 E DECRETO 3.149/80, ART-28, PAR-1., ITEM 6, E PAR-8., ACRESCENTADOS PELO DECRETO 3.985/81.

O critério de distinguir pela origem, naturalidade, ou sede, não tem legitimidade para justificar a desigualação de empresas que concorram com outras em igualdade de categoria, condições e preço. Dispositivos. estaduais que atentam contra o art-9., I, da Constituição Federal. Representação de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte.

A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater concorrentes” 11. STJ. (Mandado de Segurança n. 5.623, DJ de 18/02/1998, p. 02) grifou-se

"Administrativo. Licitação. [...]1. Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada a sua finalidade lógica, devendo ser afastada exigência obstativa à consecução do fim primordial de licitação aberta para ampla concorrência. A interpretação soldada ao rigor tecnicista, deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena da configuração de revolta contra a razão do certame licitatório. 2.Segurança concedida." 14 (STJ - 1ª Seção, MS 5784-DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 9.12.98, concederam a segurança, v.u., DJU 29.3.99, p. 58) grifou-se

REEXAME NECESSÁRIO CULMINADO COM RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EMPRESA INABILITADA. EXCESSO DE FORMALISMO EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. Os comandos do princípio geral de direito disponha que não se homenageia a forma pela forma, devendo evitar-se que ela se sobreponha à substância e fim do ato. Tal princípio é plenamente compatível com o instituto da licitação e com o direito administrativo, sendo pertinente, no confronto entre princípios, a preponderância da Livre Concorrência Licitatória sobre o Princípio da Formalidade do Processo de Licitação. (TJMT - RNSENT/RECAC: 273112005, Relator: JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA, Data de Julgamento: 15/03/2006, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL) grifou-se

ADMINISTRATIVO. HABILITAÇÃO EM PREGÃO ELETRÔNICO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DO AMPARO. Impetração que se sustenta porque a inabilitação da impetrante violou o princípio da concorrência, ínsito a todo o procedimento licitatório. (TRF04 - RN: 200872000087810, Relator: VALDEMAR CAPELETTI, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 30/06/2009)

Administrativo. Licitação. Edital. Cláusulas restritivas. Não podem prevalecer as cláusulas contidas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, por força de exigências não autorizadas no ordenamento específico, cuja inspiração é a de permitir ampla oportunidade a todos que estejam capacitados à

WELBER MÜLLER

ADVOCACIA

execução do trabalho. Sentença confirmada". (Remessa ex-officio n. 91.561-DF, ex-TFR, DJ de 21/3/85; e Remessa ex-officio n. 101.586-CE, também do ex-TFR, DJ de 2/5/85)

Não se compadece com o princípio de igualdade entre os licitantes a exigência, em edital de processo licitatório, que vise a restringir o número de concorrentes. (Remessa ex-officio n. 111. 638-RS, ex-TFR, DJ de 25/9/86. Vide ainda STJ, MS 5.606-DF, BLC n. 12, 1998, p. 635).

Cumpra trazer a abalizada lição dos Profs. Marçal Justen Filho e Hely Lopes Meirelles:

Através do § 1º, a Lei expressamente reprovava alguns defeitos usuais nas praxes administrativas. Em vez de apenas declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório. É uma tentativa de evitar a concretização do vício [...] A regra se aplica à elaboração dos atos de convocação de licitação. O dispositivo utiliza diversos verbos (admitir, prever, incluir, tolerar) que abrangem toda esfera de atribuições relativas à formalização do ato convocatório. Seus destinatários são os titulares da atribuição de elaborar, aprovar, ratificar ou homologar os atos convocatórios... Qualquer agente, com autoridade para apreciar tal ato ou, mesmo, a própria licitação, se sujeita ao disposto no tópico. A alusão a 'cláusulas ou condições' compreende qualquer espécie de exigência constante do ato convocatório". (in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª ed., São Paulo: Editora Dialética, 2000, p. 81)

A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º).

[...]

O que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo por critérios subjetivos de predileção ou repúdio pessoal do administrador, mas sem nenhum motivo de interesse público e sem qualquer vantagem técnica ou econômica. (In Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 28-29).

Neste eito, é ululante que não pode o edital se sobrepor à lei de licitações ou qualquer outra lei, sob pena de nulidade do processo e responsabilização das pessoas responsáveis pela nulidade.

Por fim, o subitem 12.8 do edital estabelece que o atraso de pagamento sujeitará ao pagamento de multa, contudo, o edital informa em algarismo que a multa será de 10%, mas em extenso informa que a multa será de dois por cento.

Assim, resta ululante que este item é uma contradição que fere o princípio do julgamento objetivo.

Neste eito, deve-se trazer a doutrina de Lucas Rocha Furtado acerca do Princípio do Julgamento Objetivo, o qual entende que o instrumento convocatório deve ser entendido como:

[...] a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que ‘a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)

Neste trilhar, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães assim discorrem sobre o Princípio do Julgamento Objetivo, *in verbis*:

AO SEU TEMPO, O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO É O RESULTADO DA CONJUGAÇÃO ENTRE ISONOMIA, IMPESSOALIDADE E VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. [...] O CONHECIMENTO E O EXAME DO OBJETO DA LICITAÇÃO DEVEM SE DAR SEGUNDO OS REFERENCIAIS ESTABELECIDOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO (E NÃO DE ACORDO COM AQUELES ÍNTIMOS AO SUJEITO EXAMINADOR – QUE NÃO PODE AGREGAR DADOS E COMPREENSÕES PESSOAIS AO OBJETO EXAMINADO).

PARA QUE O JULGAMENTO OBJETIVO SEJA GARANTIDO, NECESSÁRIO SE FAZ QUE O INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO SEJA IGUALMENTE OBJETIVO – ANALÍTICO E CARTESIANO AO MÁXIMO, COM EXIGÊNCIAS E METODOLOGIAS PREDEFINIDAS, DE MOLDE A NÃO PERMITIR INTEGRAÇÕES SUBJETIVAS NO OBJETO EXAMINADO. (In Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. 2ª ed. atual. rev. e aumen., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94-96) (Grifou-se)

Neste sentido, Marçal Justen Filho, ao tratar deste princípio, esclarece que:

[...] o ato convocatório deve descrever o objeto de modo sumário e preciso. A sumariedade não significa que possam ser omitidas do edital (no seu corpo e nos anexos) as informações detalhadas e minuciosas relativamente à futura contratação, de modo que o particular tenha condições de identificar o seu interesse em participar do certame e, mais ainda, elaborar a proposta de acordo com as exigências da Administração. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 611)

Hely Lopes Meirelles traz a seguinte definição acerca do princípio em comento, a seguir:

Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45). (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 275)

O professor Diógenes Gasparini também se manifestou acerca do tema:

WELBER MÜLLER

ADVOCACIA

Outro princípio deveras importante no procedimento da licitação é o chamado princípio do julgamento objetivo. A licitação tem que chegar a um final, esse final é o julgamento, realizado pela própria Comissão de Licitação ou, no caso de convite, por um servidor nomeado. Esse julgamento deve observar o critério objetivo indicado no instrumento convocatório. Tal julgamento, portanto, deve ser realizado por critério, que sobre ser objetivo deve estar previamente estabelecido no edital ou na carta-convite. Portanto, quem vai participar da licitação tem o direito de saber qual é o critério pelo qual esse certame vai ser julgado. Portanto, sempre que nos deparamos com instrumento licitatório – e isso ocorre muito nas pequenas cidades – que consigna regra como essa: “Caberá à Comissão de Licitação indicar quem será o vencedor da presente Tomada de Preços”, é inevitável a sua nulidade. Esse critério por ser subjetivo não pode prevalecer e o processo deve ser anulado. Como alguém pode ser julgado, segundo a vontade da Comissão de Licitação ou de um servidor que faça às suas vezes no caso de Convite? Seria fácil conduzir o resultado da licitação para cá ou para lá e isso não se admite no procedimento da licitação.

Mas o que é critério objetivo? Critério objetivo é aquele que por si só define uma situação. É aquele que independe de qualquer argumento para confirmá-lo. Basta o confronto das várias propostas para selecionarmos a vencedora, sem precisar justificar absolutamente nada. O menor preço, por exemplo, é critério objetivo. Quando estabelecemos no edital, que a licitação será julgada pelo critério do menor preço, temos aí estabelecido qual é o critério de julgamento e que esse critério é objetivo. Se temos uma proposta de sete, uma de sete e meio e outra de oito, sendo o critério de julgamento o de menor preço, não temos dúvida nenhuma para dizer que aquela proposta de sete é a vencedora. Não precisamos dizer para ninguém que nossa grande experiência como Presidente de Comissão de Licitação indica que sete é a melhor proposta, ou que somos professor de matemática, que somos isso ou aquilo para justificar essa escolha. Não temos que justificar nada. O achômetro, desculpem a expressão, não pode estar presente no julgamento, devendo, assim, ser banido do processo licitatório qualquer critério subjetivo. Talvez os Senhores digam, mas e no caso de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço, que são critérios adotados para o julgamento de certas licitações, não há aí o subjetivismo quando os membros da Comissão de Licitação devem atribuir notas há certos fatores como qualidade, quantidade, produtividade e metodologia, por exemplo. Isso é uma realidade, mas a lei diz que técnica e preço e melhor técnica são critérios de julgamento de licitações cujos objetos envolvem importantes trabalhos intelectuais. Esses critérios só são utilizados excepcionalmente no caso de obras e serviços de engenharia. Portanto, já temos uma restrição para a sua aplicação imposta pela própria lei licitatória. De outro lado, quando possível a sua aplicação, ainda exige-se um cálculo matemático. Esse cálculo levará em conta certas pontuações atribuídas pelos membros da Comissão de Licitação. A tais pontos serão aplicados determinados pesos. Multiplicam-se todas esses pontos pelos respectivos e divide-se pela somatória dos pesos e aí se têm vários números no final dessas continhas. Nesses cálculos ainda deve ser considerado o preço ofertado pelo proponente, também influenciado por um peso. Com a conjugação de todos esses dados chegaremos, depois da comparação dos resultados finais de cada licitante, à proposta vencedora. Portanto, a própria lei se encarrega de, ao máximo, retirar a subjetividade que possa existir nesses critérios de julgamento. (GASPARINI, Diogenes. II Seminário de Direito Administrativo – TCMSP "Licitação e Contrato - Direito Aplicado" De 14 a 18 de junho de 2004. Disponível em <https://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini4.htm> acesso em 28 out. 2019)

A jurisprudência do TCU assim se manifesta acerca da matéria:

Acórdão

Acórdão 3622/2011-Segunda Câmara Data da sessão 31/05/2011

Relator AROLDO CEDRAZ Área Licitação Tema Julgamento Subtema Critério

Outros indexadores Edital de licitação, Objetividade, Clareza Tipo do processo
REPRESENTAÇÃO

Enunciado

Há necessidade de definição nos editais licitatórios de disposições claras e parâmetros objetivos para o julgamento das propostas.

Excerto

Voto:

3. Sobre o descumprimento do art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/02, a licitante manifestou motivadamente sua intenção de recorrer, mas a pregoeira não acatou o recurso, justificando que o valor de referência constante de sua planilha de custo, para o pagamento de vale alimentação, indicava como parâmetro convenção diferente daquela que serviria de referência no certame, a de número MTE/PA 000156/2009, assinada entre o Sindicarpa (Sindicato das Empresas de Logística e Transporte de Cargas no Estado do Pará) e o Sintracarpa (Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transportes de Cargas Secas, Molhadas, Líquidas e Derivados de Petróleo das Distribuidoras de G.L.P e seus Concessionários e Anexos no Estado do Pará) .

4. Entretanto, o item 10.5 do edital do pregão (fl. 25 do anexo 1) não definiu qual convenção serviria de parâmetro para a indicação dos preços de auxílio alimentação e que comporiam o quadro de "Insumos de Mão de Obra" constante do anexo II (fl. 29 do anexo 1) , senão vejamos:

10.5. Os valores unitários serão de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho do Sindicato correspondente ou caso esta não seja prevista, ou outro sindicato de categoria semelhante.

5. Some-se a isso, o fato de que o valor unitário do auxílio alimentação cotado pela licitante vencedora é idêntico ao apresentado pela representante. Segundo se vê nas propostas constantes do anexo 1 destes autos, o valor de R\$ 475,20 proposto pela licitante vencedora, Limp Car (fl. 105) , refere-se à alimentação de quatro motoristas, o que representa os exatos R\$ 118,80, por motorista, cotados pela representante em sua planilha de preços à fl. 103.

6. Por consequência, nota-se que a desclassificação da recorrente resultou, injustificadamente, em escolha mais onerosa para Administração Pública, uma vez que o contrato firmado com a licitante vencedora, empresa [omissis], foi assinado ao custo total de R\$ 109.928,16 (fl.168 do anexo 1) , enquanto a proposta rejeitada da representante, no valor de R\$ 96.396,00 (fls. 103-104 do anexo 1) , caso fosse aceita, resultaria em uma economia de R\$ 13.532,16 aos cofres públicos.

7. Visto isso, entendo que a razão da eliminação da representante do Pregão Eletrônico 17/2009 foi inadequada. O edital deixou margem à dúvida quanto à Convenção Coletiva que serviria de parâmetro para a avaliação das propostas, desatendendo exigência de clareza e de critério objetivo em sua elaboração, nos termos dos arts. 40, VII, e 44 da Lei 8.666/93. Neste caso, a pregoeira deveria ter admitido o recurso, conforme preceitua o art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/02, e examinado a questão mais detidamente.

8. Como os atos praticados pela pregoeira, Srª [omissis], com anuência responsável pelo Núcleo de Apoio Operacional da Funai em Tucumã/PA, Sr. [omissis], não observaram os preceitos constantes dos arts. 40, VII, e 44, da Lei 8.666/93, bem como o art. 4º,

WELBER MÜLLER

ADVOGACIA

XVIII, da Lei 10.520/02, dando ensejo à contratação de serviço por preço menos vantajoso para a Administração Pública, é cabível a aplicação individual de multa no valor R\$ 2.000,00 (dois mil reais) aos responsáveis, com fulcro no art. 58, inciso II e III, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

Acórdão:

9.6 determinar ao Núcleo de Apoio Operacional da Funai em Tucumã/PA que, quando da preparação de novos procedimentos licitatórios, elabore editais com disposições claras e parâmetros objetivos para o julgamento das propostas, em observância ao art. 40, inciso VII, e art. 44, ambos da Lei 8.666/93;

Acórdão 549/2006-Plenário Data da sessão 19/04/2006 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES Área Licitação Tema Julgamento Subtema Critério Outros indexadores Ausência, Princípio do julgamento objetivo, Princípio da impessoalidade, Princípio da isonomia, Ilegalidade Tipo do processo RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO

Enunciado

A ausência de critérios pré-definidos para seleção da proposta mais vantajosa viola mandamentos básicos da impessoalidade, da isonomia e do julgamento objetivo, estampados no art. 37, caput e inciso XXI, da CF/1988, art. 3º da Lei 8.666/1993, e no próprio art. 1º do Decreto 2.745/1998, podendo, inclusive, dar margem a direcionamentos indevidos nos procedimentos licitatórios.

Excerto

Voto:

O art. 173, § 1º, inciso III, in fine, da CF/88 deixa claro que independentemente do que o futuro estatuto das estatais vier a instituir, os princípios da administração pública devem ser respeitados. Com efeito, a ausência de um orçamento preciso afronta os princípios da isonomia e da economicidade, na medida em que a Administração deixa de dispor de instrumento essencial para a escolha da proposta mais economicamente vantajosa.

Outrossim, é, no mínimo, contraditório o argumento da apelante quanto à não-obrigatoriedade da observância de regras inerentes aos mandamentos regedores da Administração Pública e, por conseqüência, da licitação. O próprio art. 1º do Decreto 2.745/98 determina à Petrobras que submeta os seus procedimentos licitatórios a princípios, dentre outros, da economicidade e do julgamento objetivo, in verbis:

'A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a realização de obra, serviço ou fornecimento pretendido pela Petrobras e será processada e julgada com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da igualdade, bem como da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.'

Ainda que o regulamento de licitações faculte à Petrobras negociar com a firma vencedora ou, sucessivamente, com as demais concorrentes, melhores condições de contratação, não constitui entrave burocrático o estabelecimento prévio dos referidos parâmetros de negociação.

A ausência de critérios pré-definidos para seleção da proposta mais vantajosa viola mandamentos básicos da impessoalidade, da isonomia e do julgamento objetivo, estampados no art. 37, caput e inciso XXI, da CF/88, art. 3º da Lei 8.666/93, e no próprio art. 1º do Decreto 2.745/98, podendo, inclusive, dar margem a direcionamentos indevidos nos procedimentos licitatórios.

Acórdão:

9.1. conhecer do pedido de reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento;

Assim, é dever desta douda Loterj corrigir os vícios e contradições aqui apontados, sob pena de total nulidade do processo em epígrafe.

IV – DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer-se o devido recebimento, processamento e, ao fim, o TOTAL PROVIMENTO da presente impugnação, no sentido de corrigir todos os vícios e contradições demonstrados durante o presente petição, devendo ser corrigidos/excluídos todos os itens acima demonstrados e os a ele correlatos, os quais se consideram desde já aqui escritos.

Nestes termos,
Pede Deferimento.
Niterói – RJ, 18 de junho de 2021.



Welber Müller Guimarães Oliveira
CPF 644.606.903-06



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Loteria do Estado do Rio de Janeiro
Presidência

TERMO DE APROVAÇÃO DE DOCUMENTO

Aprovo o documento 18732607 e 18732609, considerando-o assinado por mim.

Atenciosamente,

Vanessa C. Freixo
ID:4400366-8
Diretora de Operações



Documento assinado eletronicamente por **Vanessa da Conceição Freixo, Diretora**, em 24/06/2021, às 18:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **18732683** e o código CRC **877EC40B**.

Referência: Processo nº SEI-220006/000378/2020

SEI nº 18732683