

IDP - BIBLIOTECA

**O PROCESSO DAS LICITAÇÕES E O
DIREITO DAS EMPRESAS**

Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima

2004

IDP - BIBLIOTECA	
Tombo:	
Data de Aquisição:	
Forma de Aquisição:	

IDP - BIBLIOTECA

Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima

O PROCESSO DAS LICITAÇÕES E O DIREITO DAS EMPRESAS

Monografia apresentada como requisito de avaliação
no curso de Pós-graduação *Latu Sensu* - Direito
Público - IDP

Orientador

Dr. Lucas Rocha Furtado

BRASÍLIA
DISTRITO FEDERAL - BRASIL

2004

Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima

O PROCESSO DAS LICITAÇÕES E O DIREITO DAS EMPRESAS

Monografia apresentada como requisito de avaliação
do curso de Pós-graduação *Lato Sensu* - Direito
Público - IDP

APROVADA em

DR. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO IDP

DR. GILMAR FERREIRA MENDES IDP

DR. PAULO GONET BRANCO IDP

DR. LUCAS ROCHA FURTADO

IDP

(ORIENTADOR)

Brasília

Distrito Federal - BRASIL

À minha Esposa, Déborah, pelo apoio, amor e carinho;
Aos meus Pais, Jonas e Mercês, por terem aberto os meus caminhos;
À minha Mestre, Dra. Delza, pelos ensinamentos de vida e profissão.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos ao meu orientador, Dr. Lucas Rocha Furtado, que incentivou o estudo de um tema tão fascinante e pouco explorado na doutrina jurídica brasileira.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e aos meus professores, pela oportunidade de aprendizado que em muito contribuiu e tornou possível o desenvolvimento desse trabalho, ideal que há alguns anos eu pretendia realizar.

BIOGRAFIA

JONAS SIDNEI SANTIAGO DE MEDEIROS LIMA, advogado, assessor da Procuradoria-Geral da República e editor do site jurídico Escritório On-Line (www.escriptorioonline.com). Seu contato com as licitações começou em 1994, há exatamente dez (10) anos, quando ainda concluía seu curso de direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, na cidade de Natal, e teve a oportunidade de estagiar nas assessorias jurídicas do SEBRAE-RN e da própria UFRN, além da Audiplan Advocacia Empresarial e do escritório Maurício Carrilho Barreto. A partir de 1996, quando chegou a Brasília, aprovado em concurso da carreira de técnico e depois de analista processual do Ministério Público da União, passou a trabalhar na Procuradoria-Geral da República, inclusive, na análise de processos relacionados a ilícitos ocorridos em licitações. Na atividade privada, regularmente permitida, sempre deu ênfase, até hoje, à advocacia na área das licitações.

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
1 INTRODUÇÃO	1
2 REFERENCIAL TEÓRICO	2
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	2
2.1.1 Processo e licitação	2
2.2 ESFERA ADMINISTRATIVA	4
2.2.1 Análise prévia do edital e seus anexos	4
2.2.1.1 Importância e particularidades	4
2.2.2 Legislação aplicável	15
2.2.2.1 Hipóteses	15
2.2.3 Pedido de esclarecimento	19
2.2.3.1 Considerações gerais	19
2.2.3.2 Esclarecimento, modificação e vinculação	20
2.2.3.3 Oportunidade	22
2.2.4 Impugnação ao edital	24
2.2.4.1 Considerações gerais	24
2.2.4.2 Decadência	25
2.2.5 Documentação e proposta	32
2.2.5.1 Importância de cumprir as exigências	32
2.2.5.2 Situações mais freqüentes	33
2.2.5.3 Motivação da inabilitação ou da desclassificação de proposta	46
2.2.5.4 Excesso de formalismo	49
2.2.6 Sessões de abertura e julgamento	50
2.2.6.1 Momentos anteriores	50
2.2.6.2 Sessão propriamente dita	52
2.2.7 Diligências	55
2.2.7.1 Faculdade do agente e direito do licitante	55
2.2.8 Recursos Administrativos	58

2.2.8.1 Fundamentos e hipóteses	58
2.2.8.2 Direito de acesso aos autos	60
2.2.8.3 Pressupostos	61
2.2.8.4 Revogação e anulação	62
2.2.8.5 Ampla defesa e contraditório	62
2.2.9 Representações junto aos tribunais de contas	63
2.2.9.1 Fundamentação	63
2.2.9.2 Medidas cautelares	64
2.2.9.3 Independência das instâncias	66
2.2.9.4 Situações mais frequentes	67
2.2.9.5 Pedidos	70
2.3 ESFERA JUDICIAL	72
2.3.1 Mandado de segurança	72
2.3.1.1 Considerações iniciais	72
2.3.1.2 Interesse processual	72
2.3.1.3 Legitimidade ativa e passiva	76
2.3.1.4 Competência do juízo	84
2.3.1.5 Prazo	87
2.3.1.6 Demonstração do direito líquido e certo	87
2.3.1.7 Matérias complexas	88
2.3.1.8 Demonstração no perigo na demora	91
2.3.1.9 Pedidos	93
2.3.2 Ação cautelar inominada e ação principal, de rito ordinário	95
2.3.2.1 Considerações iniciais	95
2.3.2.2 Particularidades	97
2.3.3 Ação civil pública	100
2.3.3.1 Breves considerações	100
2.3.4 Ação popular	101
2.3.4.1 Breves considerações	101
2.3.5 Recursos	102
2.3.6 Brevíssimas considerações	102

3 MATERIAL E MÉTODOS	105
4 RESULTADOS E DISCUSSÃO.....	107
5 CONCLUSÕES	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

ABREVIATURAS E SIGLAS USADAS

CFC	– Conselho Federal de Contabilidade
FGTS	– Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS	– Instituto Nacional do Seguro Social
PETROBRÁS	– Petróleo Brasileiro S/A
SEBRAE	– Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SENAC	– Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENA	– Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SENAR	– Serviço Nacional de Aprendizagem Rural
SENAT	– Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte
SESC	– Serviço Social do Comércio
SESI	– Serviço Social da Indústria
SEST	– Serviço Social do Transporte
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TCDF	– Tribunal de Contas do Distrito Federal
TCU	– Tribunal de Contas da União
TJDFT	– Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	– Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPR	– Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ	– Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	– Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF1	– Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF5	– Tribunal Regional Federal da 5ª Região

RESUMO

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. **O PROCESSO DAS LICITAÇÕES E O DIREITO DAS EMPRESAS**. BRASÍLIA: IDP, 2004. 100p. (Monografia – Especialização em Direito Público)*

A ausência de cautela, preparo técnico e orientação jurídica têm causado prejuízos a muitas empresas que se aventuram em procedimentos licitatórios, no disputado mercado governamental. Nesse contexto, verifica-se o desconhecimento ou a falta de utilização, a tempo e a modo, dos instrumentos legais disponíveis na esfera administrativa e na esfera judicial por meio dos quais as empresas poderiam fazer valer os seus direitos, em relação a cada fase do processo da licitação. Muitas chances reais de defesa do direito material das empresas são desperdiçadas em razão de meros aspectos processuais. Essa é a constatação da pesquisa, seleção e comparação de centenas precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª Região, dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná, e ainda dos Tribunais de Contas da União e do Distrito Federal. A análise progressiva dos precedentes em face da doutrina e da legislação pátrias permite identificar as falhas mais comuns e imputáveis às próprias empresas, nas suas iniciativas administrativas ou judiciais. Entre essas falhas estão a intempestividade e os erros formais nas impugnações, recursos administrativos e representações, além dos equívocos quanto ao momento de iniciar as ações judiciais, ao tipo da ação, à legitimidade das partes, à competência do juízo e às formalidades específicas de cada caso. A conclusão é no sentido de que, na maioria das vezes, a própria empresa dá causa a uma situação desfavorável à sua defesa em matéria de licitações. Para cada situação analisada, entretanto, destaca-se a solução perante a esfera administrativa e a esfera judicial, capaz de evitar que a empresa acabe se perdendo no processo e, assim, perdendo o seu direito.

* Comitê Orientador: Dr. Lucas Rocha Furtado - IDP (Orientador), Dr. Inocêncio Mártires Coelho - IDP; Dr. Gilmar Ferreira Mendes - IDP; Dr. Paulo Gonet Branco - IDP.

ABSTRACT

LIMA, Jonas. **THE PROCESS OF THE AUCTIONS AND THE RIGHT OF THE COMPANIES.** BRASILIA: IDP, 2004. 100p. (Theses -)*

The caution absence, technical preparation and juridical orientation have been causing damages to a lot of companies that venture in procedures of auctions, in the disputed government market. In that context, it is verified the ignorance or the use lack, on time and to way, of the available legal instruments in the administrative sphere and in the judicial sphere through which the companies could make to be worth their rights, in relation to each phase of the process of the auction. Many real chances of defense of the material right of the companies are wasted in reason of mere procedural aspects. That is the verification of the research, selection and comparison of hundreds of precedents of the jurisprudende of the Federal Supreme court, of the Superior Tribunal of Justice, of the Federal Regional Tribunals of the 1st and of the 5th Area, of the Tribunals of Justice of Federal district and of States of Sao Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais and Parana, and still of the Tribunals of Bills of the Union and of Federal district. The progressive analysis of the precedents in face of the doctrine and of the legislation homelands it allows to identify the most common and imputable flaws to the own companies, in their initiatives administrative or judicial. Among those flaws they are the unseasonableness and the formal mistakes in the impugnations, administrative resources and representations, besides the misunderstandings as for the moment of beginning the lawsuits, to the type of the action, to the legitimacy of the parts, to the competence of the judgement and the specific formalities of each case. The conclusion is in the sense that, most of the time, the own company gives cause to an unfavorable situation to her defense as regards to auctions. For each analyzed situation, however, she stands out the solution before the administrative sphere and the judicial sphere, capable to avoid that the company ends if losing in the process and, like this, losing her right.

* Guidance Committee: Lucas Rocha Furtado - IDP (Major Professor), Inocência Mártires Coelho - IDP; Gilmar Ferreira Mendes - IDP; Paulo Gonet Branco - IDP.

1 INTRODUÇÃO

O estudo específico acerca da adequada utilização dos instrumentos processuais pelas empresas, em matéria de licitações, ainda não é muito difundido na doutrina brasileira. A abordagem do próprio texto da Lei Geral das Licitações (Lei nº 8.666/93) ou da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) é bem mais usual.

Essa é a razão da existência e o diferencial do presente trabalho, que não parte exatamente do texto da Lei, mas dos resultados de centenas de demandas administrativas e judiciais concretas em matéria de licitações.

Portanto, aqui são enfatizados, especificamente, os aspectos processuais da matéria, na via administrativa e na via judicial.

Partir da análise jurisprudencial das falhas das empresas relacionadas aos processos licitatórios é o primeiro passo para a solução de muitos dos seus problemas.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

2.1.1 Processo e licitação

Processo é o conjunto de atos coordenados com o objetivo de solucionar uma controvérsia, na esfera administrativa ou judicial, não se confundindo com procedimento, que é apenas a forma ou o rito pelo qual ele se desenvolve.

Por essa razão, no que diz respeito à esfera administrativa, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 37, inciso XXI, a obrigatoriedade do “processo de licitação”, como regra, para as contratações do Poder Público.

Com fundamento de validade nessa norma constitucional, a Lei nº 8.666/93 determina, em seu artigo 38, que “o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo”.

Partindo desses pressupostos, fica claro que o processo é o instrumento pelo qual o Poder Público realiza as suas contratações, enquanto que o procedimento é modo de agir imposto aos agentes públicos e aos licitantes naquele processo.

Da mesma forma, no que diz respeito à esfera judicial, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, garante a todos o “devido processo legal”, ou seja, prevê a obrigatoriedade de instrumento para se fazer justiça, de acordo com a lei. E um desses instrumentos, por exemplo, é o mandado de segurança, previsto no inciso LXIX do mesmo artigo, instrumento esse cujo rito (procedimento) é previsto nas Leis nº 1.533/51 e 4.348/64.

Nesse contexto, o presente trabalho parte de uma análise de “erros de procedimentos” das empresas, exatamente, nos processos administrativos e judiciais. Por isso a expressão geral adotada no título: “o processo das licitações”. Afinal de contas, é no processo que as empresas vão buscar o seu direito, e aqui a questão é demonstrar que a empresa que “se perde” no processo perde seu o direito.

2.2 ESFERA ADMINISTRATIVA

2.2.1 Análise prévia do edital e seus anexos

2.2.1.1 Importância e particularidades

A atividade das empresas com parceiros, fornecedores e clientes é pautada, em grande parte, pela denominada análise de contratos. Através dela as empresas buscam identificar as vantagens e desvantagens das parcerias, compras e vendas e outras transações comerciais, civis, financeiras ou bancárias.

Entre os contratos que são objeto de maior cautela estão os de financiamento, investimento, distribuição, representação, uso da propriedade intelectual (marcas e patentes), seguros e outros. Todos esses, vale ressaltar, são exemplos de contratos regidos pelo direito privado, nos quais a empresa estará em posição de igualdade perante uma outra com a qual pretenda firmar determinado ajuste.

Entretanto, ao decidir entrar no mercado governamental a empresa deve estar muito mais atenta para observar que, nesse caso, o Estado estará em posição de supremacia e o futuro contrato não nascerá de simples negociação, mas do seu sucesso no processo obrigatório prévio¹, que é a licitação (ressalva-se aqui os casos de dispensa e inexigibilidade²).

As regras aplicáveis ao contrato agora serão de direito público, e os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado³ serão aplicados apenas supletivamente. Por essas razões, é necessário acertar desde o começo, com a análise prévia do edital da licitação.

¹ Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal

² Artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93

³ Artigo 54 da Lei nº 8.666/93

A prática demonstra que muitas empresas são as prejudicadas pela sua própria ineficiência na análise do edital licitatório, como se pode observar, adiante, em um exemplo de caso concreto, aqui sem identificação do órgão ou das partes envolvidas.

Um órgão público de âmbito nacional realizou pregão para a contratação de empresa especializada no fornecimento de passagens aéreas, com prazo contratual previsto em 12 (doze) meses e possibilidade de prorrogação até sessenta (60) meses. A licitação transcorreu normalmente e o contrato foi firmado com a vencedora. Ocorre que o edital não havia mencionado quais seriam os valores total e mensal estimados para os gastos de passagens aéreas. Somente quando da assinatura do contrato foi revelado um valor total, de pouco mais de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). A estimativa teve base na demanda anterior apenas da unidade de Brasília. Entretanto, logo depois de iniciada a execução, os gestores decidiram emitir as requisições de todas as passagens aéreas, das unidades daquele órgão em todo o País apenas pela unidade de Brasília. Com isso, o orçamento do contrato, que não especificava quais unidades seriam atendidas, chegou ao limite em apenas 5 (cinco) meses. Sequer aditando legalmente o contrato em 25% (vinte e cinco por cento) de acréscimo⁴, haveria verba suficiente para mais 7 (sete) meses restantes, quando se completariam os 12 (doze) meses previstos para eventual prorrogação. Ressalte-se que a contratada não podia deixar de continuar atendendo as requisições de passagens, sob pena de sofrer sanções administrativas. E o resultado disso tudo foi a rescisão antecipada do contrato, com a perda das expectativas comerciais daquela empresa, que havia contado com a “possibilidade” de sucessivas prorrogações contratuais até o limite de 60 (sessenta) meses.

A situação exemplificada foi causada pela falta de planejamento do órgão público, mas também pela inércia da própria empresa, que não questionou previamente o edital

⁴ Artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93

sobre a falta dos valores totais e mensais da demanda estimada para a execução daquele contrato. Seriam informações obrigatórias no anexo termo de referência do edital do pregão⁵, mas nenhum licitante atentou para a ausência delas, ou não deu a relevância necessária.

Depreende-se, assim, que análise do edital não pode ser feita apenas da sua parte principal, mas também dos eventuais anexos, que fazem parte integrante do mesmo, trazendo informações sobre projeto básico e/ou executivo, orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, minuta do futuro contrato, especificações complementares e normas de execução pertinentes⁶. Afinal de contas, não é tão raro encontrar contradições entre as partes de um mesmo edital.

Essa análise prévia do edital, em suma, deveria ser regra ou rotina interna de todas as empresas que pretendem participar de um procedimento licitatório, com segurança e pensando no resguardo futuro dos seus direitos. Aliás, isso já é obrigatório para a própria Administração Pública, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93:

“As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. (g.n.)

Essa análise enfocada é interna e prévia, mas existe também aquela externa e posterior, feita pelos órgãos de controle, especialmente os tribunais de contas.

Nesse particular, vale destacar um exemplo precioso sobre a necessidade de se adotar uma metodologia para análise dos editais das licitações.

⁵ Artigo 8º, inciso II, do Decreto nº 3.555/2000

⁶ Artigo 40, § 2º, incisos I, II, III e IV, da Lei nº 8.666/93

Trata-se do processo nº 504/2002 do Tribunal de Contas do Distrito Federal, nos autos do qual já foram proferidas as decisões de números 1009/2003⁷, 1422/2003⁸, 2453/2003⁹, 3830/2003¹⁰ e 4193/2003¹¹. Discute-se a criação de um roteiro unificado a ser utilizado pelas unidades técnicas para exame de processos relativos a editais de licitação, visando garantir a verificação de todos os critérios legais e das determinações do daquele Tribunal de Contas.

Embora ainda não haja decisão final sobre o roteiro de análise de editais licitatórios, a sua redação mais recente foi debatida na Sessão Ordinária nº 3768, de 05 de agosto de 2003¹².

A minuta possui, basicamente, uma tabela com questões a serem respondidas pelo analista sobre o enquadramento legal de cada caso, com espaços para respostas afirmativas ou negativas. As questões são divididas em 14 (quatorze) grupos para análise do edital:

⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Representação. Processo nº 504/2002. Decisão nº 1009/2003. Relator: Conselheiro Paulo César de Ávila e Silva. Brasília, 13 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/Tcdfdocs/Ord/Decisao/2003/1009.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2004.

⁸ _____. Representação. Processo nº 504/2002. Decisão nº 1422/2003. Relator: Conselheiro Paulo César de Ávila e Silva. Brasília, 1º abr. 2003. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/Tcdfdocs/Ord/Decisao/2003/1422.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2004.

⁹ _____. Representação. Processo nº 504/2002. Decisão nº 2453/2003. Relator: Conselheiro Paulo César de Ávila e Silva. Brasília, 29 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/Tcdfdocs/Ord/Decisao/2003/2453.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2004.

¹⁰ _____. Representação. Processo nº 504/2002. Decisão nº 3830/2003. Relator: Conselheiro Paulo César de Ávila e Silva. Brasília, 05 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/Tcdfdocs/Ord/Decisao/2003/3830.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2004.

¹¹ _____. Representação. Processo nº 504/2002. Decisão nº 4193/2003. Relator: Conselheiro Paulo César de Ávila e Silva. Brasília, 19 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/Tcdfdocs/Ord/Decisao/2003/4193.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2004.

¹² _____. Representação. Processo nº 504/2002. Relatório e Voto na Decisão nº 3830/2003. Relator: Conselheiro Paulo César de Ávila e Silva. Brasília, 05 ago. 2003. Disponível em: < <http://www.tc.df.gov.br/Tcdfdocs/Ord/Relatorio/2003/08/97005.pdf> >. Acesso em: 22 fev. 2004.

- 1 - do preâmbulo;
- 2 - do objeto;
- 3 - da publicidade;
- 4 - dos licitantes;
- 5 - do recebimento dos envelopes;
- 6 - da documentação;
- 7 - do julgamento da habilitação;
- 8 - do julgamento da proposta de preço;
- 9 - dos recursos;
- 10 - das penalidades;
- 11 - do pagamento;
- 12 - dos princípios;
- 13 - anexos; e
- 14 - concorrência internacional.

Observe-se o inteiro teor do referido roteiro:

TABELA 1 - Análise de editais - TCDF

EDITAL DE LICITAÇÃO				
JURISDICIONADA:		PROCESSO N.º:		
1	DO PREÂMBULO	Dispositivos Legais	S/N	RPT
			NA	
1.1	Consta o número de ordem, em série anual?	LL, art. 40, <i>in limine</i>		
1.2	1.2 Consta o nome da repartição interessada ?	LL, art. 40, <i>caput</i>		
1.3	Consta a modalidade de licitação ?	LL, art. 40, <i>caput</i>		
1.4	Consta o regime de execução ?	LL, art. 40, <i>caput</i>		
1.5	Consta o tipo da licitação ?	LL, art. 40, <i>caput</i>		
1.6	Consta a menção de que o procedimento será regido pela Lei n.º 8.666/93?	LL, art. 40, <i>caput</i>		
1.7	Consta o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta?	LL, art. 40, <i>caput</i>		
1.8	Consta a data do início da abertura dos envelopes?	LL, art. 40, <i>in fine</i>		
2	DO OBJETO			

2.1	O objeto da licitação foi descrito de forma clara e sucinta?	LL, 40, I
2.2	O objeto da licitação envolve criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa?	LRF, art. 16, <i>caput</i> c/c § 4º, I
2.3	Há estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor a ação governamental e nos dois exercícios subsequentes?	LRF, art. 16, I
2.4	Há declaração do ordenador de despesas de que o gasto é compatível com a LOA, a LDO e o PPA?	LRF, art. 16, II
2.5	Há estudos técnicos e/ou econômicos e/ou ambientais preliminares que serviram de subsídio para a elaboração do edital?	LL, art. 6º, inc. IX
2.6	Há projeto básico aprovado por autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório? Ou, em se tratando da modalidade de pregão, há termo de referência?	LL, art. 40, IV c/c art. 7, § 2º, I. Dec. n.º 3.555/00, art. 8º, I
2.7	Há indicação se o projeto executivo está disponível na data da publicação do edital e o local onde possa ser examinado e adquirido?	LL, art. 40, V
2.8	Há previsão de prazo e de condições para a assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação?	LL, art. 40, II
2.9	Há previsão das condições de recebimento do objeto da licitação?	LL, art. 40, XVI
2.10	A modalidade utilizada foi convite ou tomada de preços?	LL, art. 23, §§ 1º e 2º c/c § 5º
2.10.1	Há indicativos de que o uso de uma dessas duas modalidades visou ao fracionamento da despesa?	LL, art. 23, §§ 1º e 2º c/c § 5º
2.11.	O valor do objeto é considerado de grande vulto?	LL, art. 39
2.11.1	Houve audiência prévia?	LL, art. 39
3	DA PUBLICIDADE	
3.1	Há previsão dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto?	LL, art. 40, VIII
3.2	Foi observado o prazo mínimo entre a publicação e a data de recebimento das propostas?	LL, art. 21
4	DOS LICITANTES	
4.1	Constam as condições para os interessados participarem da licitação?	LL, art. 40, VI
4.2	Constam as vedações previstas no art. 9º da LL?	LL, art. 9º
5	DO RECEBIMENTO DOS ENVELOPES	
5.1	Consta a forma de apresentação das propostas?	LL, art. 40, VI, <i>in</i>

		<i>fine</i>
5.2	Exige a necessidade de apresentação da documentação e proposta de preço do licitante em envelopes separados?	LL, art. 40 VI c/c art. 43, I e III
5.3	Exige a lavratura de atas circunstanciadas assinadas pelos licitantes presentes e pela comissão quando da abertura dos envelopes?	LL, art. 40, VI c/c art. 43, § 1º
5.4	Consta que, após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo motivo justo aceito pela comissão?	LL, art. 40, VI c/c art. 43, § 6º
5.5	Em se tratando da modalidade de <i>pregão</i> , foi prevista a entrega da declaração de que o licitante cumpre os requisitos de habilitação?	LP, art. 4º, inc. VII
6	DA DOCUMENTAÇÃO	
6.1	Há previsão de que os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por cópia autenticada por cartório ou por servidor da administração, ou por publicação no Diário Oficial?	LL, art. 40, VI c/c art. 32
6.2	Da Habilitação Jurídica	
6.2.1	Exige cédula de identidade?	LL, art. 40, VI c/c art. 28, I
6.2.2	Exige registro comercial no caso de empresa individual?	LL, art. 40, VI c/c art. 28, II
6.2.3	Exige registro do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor da sociedade comercial, acrescido, no caso de sociedades por ações, dos documentos de eleição de seus administradores?	LL, art. 40, VI c/c art. 28, III
6.2.4	Exige inscrição do ato constitutivo e prova de diretoria em exercício, no caso de sociedade civil ?	LL, art. 40, VI c/c art. 28, IV
6.2.5	Exige o decreto de autorização em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País?	LL, art. 28, V, <i>in limine</i>
6.2.6	Exige ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País?	LL, art. 28, V, <i>in fine</i>
6.2.7	Exige, nas modalidades previstas na Lei n.º 8.666/93, a declaração de que, ao empregar menores de idade, cumpre-se as condições determinadas em lei?	CF, art. 7º, XXXIII, c/c LL, art. 27, inc. V
6.3	Regularidade Fiscal	
6.3.1	Exige a inscrição no CPF ou CNPJ ?	LL, art. 40, VI c/c art. 29, I
6.3.2	Exige prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal do domicílio ou sede do licitante, segundo seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual?	LL, art. 40, VI c/c art. 29, II
6.3.3	Exige prova de regularidade fiscal pertinente à atividade	LL, art. 40, VI c/c

	contratada?	art. 29, III
6.3.4	Exige prova de regularidade para com o INSS pelos licitantes?	LL, art. 40, VI c/c art. 29, IV
6.3.5	Exige prova de regularidade para com o FGTS?	LL, art. 40, VI c/c art. 29, IV
6.4	Da Qualificação Técnica	
6.4.1	Exige o registro ou inscrição na entidade profissional competente, em se tratando de atividade regulamentada?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, I
6.4.2	A exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade é pertinente e compatível com o objeto da licitação?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, II, <i>in limine</i>
6.4.3	Ao exigir a comprovação de aptidão, nas licitações para fornecimento de bens, exige que a mesma seja atestada por pessoa jurídica de direito público ou privado?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, II e § 4º
6.4.4	Há restrição do caráter competitivo da licitação, exigindo comprovação de atividade ou de aptidão, estabelecendo que a mesma deve ter sido em determinado tempo, época ou local?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, II e § 5º e art. 3º, § 1º, I
6.4.5	Há a exigência de o licitante possuir, em seu quadro permanente, profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes às parcelas de maior relevância técnica ou de valor significativo do objeto da licitação?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, § 1º, I
6.4.6	Há definição sobre as parcelas de maior relevância técnica ou sobre o valor significativo do objeto da licitação para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, § 2º
6.4.7	Exige a indicação das instalações, aparelhamento e pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, II
6.4.8	Exige a indicação da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos ?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, II, <i>in fine</i>
6.4.9	Exige que o licitante declare que recebeu os documentos e conheceu todas as informações e condições do objeto da licitação?	LL, art. 40, VI c/c art. 30, III
6.5	Da Qualificação Econômico – Financeira	
6.5.1	Exige o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social?	LL, art. 40, VI c/c art. 31, I
6.5.2	Exige a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata para pessoa jurídica, ou de execução patrimonial para pessoa física?	LL, art. 40, VI c/c art. 31, II
6.5.3	Fixa garantia limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação?	LL, art. 40, VI c/c art. 31, III
6.5.4	Há a observação de que a exigência de indicadores deve	LL, art. 40, VI c/c

	ficar limitada à demonstração da capacidade financeira do licitante, tendo em conta os compromissos que terá de assumir em caso de adjudicação do contrato, e a vedação de exigir valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade?	art. 31, § 1º
6.5.5	Há a observação de que a comprovação da boa situação financeira da empresa seja feita de forma objetiva, mediante a previsão de índices usualmente adotados para a avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação?	LL, art. 40, VI c/c art. 31, § 5º
7	DO JULGAMENTO DA HABILITAÇÃO	
7.1	Há a previsão da devolução dos envelopes fechados, contendo a respectiva proposta, aos licitantes inabilitados?	LL, art. 40, VII c/c art. 43, II
8	DO JULGAMENTO DA PROPOSTA DE PREÇO	
8.1	Há a estipulação de que, no caso de a licitação ser do tipo menor preço, o vencedor será aquele que apresentar a proposta nas especificações do edital e ofertar o menor preço?	LL, art. 40, VII c/c art. 45, §1º, I
8.2	Prevê que, em caso de empate entre duas ou mais propostas, será efetuado sorteio em ato público? (obs. Em se tratando de licitante com preço registrado, o sorteio tem aplicação subsidiária)	LL, art. 40, VII c/c art. 45, §2º, 15, § 4º
8.3	Há previsão, no caso de a licitação ser do tipo melhor técnica, de critérios que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a execução dos trabalhos?	LL, art. 40, VII c/c art. 46, § 1º, I
8.4	Prevê que, no caso de a licitação ser do tipo técnica e preço, o vencedor será aquele que apresentar a melhor pontuação ponderada para a proposta técnica e de preço, e de acordo com os critérios objetivos do edital?	LL, art. 40, VII c/c art. 46, § 2º, I e II
8.5	Prevê que serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências contidas no ato convocatório?	LL, art. 40, VII c/c, art. 48, I
8.6	Prevê que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços excessivos ou manifestamente inexequíveis?	LL, art. 40, VII c/c art. 48, II
8.7	Prevê que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços baseados em cotações de outro licitante?	LL, art. 40, VII c/c art. 44, §2,
8.9	Na fixação dos critérios de aceitabilidade dos preços, há a indicação se a proposta deverá apresentar apenas preço global ou se também preços unitários?	LL, art. 40, X, <i>in limine</i>
8.10	Na fixação dos critérios de aceitabilidade dos preços, há a observação da vedação de fixação de preços mínimos, critérios estatísticos e faixas de variação em relação a	LL, art., 40, X, <i>in fine</i>

	preços de referência?	
9	DOS RECURSOS	
9.1	Há previsão de que os recursos devem ser interpostos no prazo de 5 dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata? Obs. 1: No caso de <i>pregão</i> , o recurso é imediato e restrito aos licitantes presentes no momento da declaração do vencedor, sendo dispensável a notificação ou publicação. O prazo para apresentação das razões do recurso será de 3 (três) dias	LL, art. 40, XV c/c art. 109, I LP, art. 4º, XVIII
9.2	Prevê que as representações, quando não caibam recursos, devem ser interpostas no prazo de cinco dias úteis da intimação da decisão?	LL, art. 40, XV c/c art. 109, II
9.3	Prevê que os pedidos de reconsideração de decisão do Secretário Distrital devem ser interpostos no prazo de dez dias úteis da intimação do ato ?	LL, art. 40, XV c/c art. 109, III
9.4	Prevê que o recurso, nos casos de habilitação ou inabilitação do licitante e julgamento das propostas, tem efeito suspensivo ?	LL, art. 40, XV c/c art. 109, §2º
9.5	Prevê que a impugnação do recurso poderá ser feita no prazo de 5 (cinco) dias úteis de sua comunicação? (obs. No caso do <i>pregão</i> , o prazo é de 3 (três) dias úteis para apresentação das contra-razões)	LL, art. 40, XV c/c art. 109, §3º. LP, art. 4º, XVIII, <i>in fine</i>
9.6	Prevê que o recurso será dirigido à autoridade superior por intermédio de quem praticou o ato recorrido?	LL, art. 40, XV c/c art. 109, §4º, <i>in limine</i>
9.7	Prevê que o recurso será julgado pela autoridade superior no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar do seu recebimento?	LL, art. 40, XV c/c art. 109, §4º, <i>in fine</i>
10	DAS PENALIDADES	
10.1	Há previsão de sanções no caso de atraso injustificado ou inexecução total ou parcial do compromisso assumido?	LL, art. 40, III c/c arts. 86 e 87, <i>caput</i>
11	DO PAGAMENTO	
11.1	Há previsão de que o prazo de pagamento não deve ser superior a 30 (trinta) dias, contado da data final do período de adimplemento de cada parcela?	LL, art. 40, XIV, “a”
11.2	Prevê o cronograma de desembolso máximo por período?	LL, art. 40, XIV, “ b”
11.3	Prevê o critério de atualização financeira?	LL, art. 40, XIV, “ c”
11.4	Prevê a compensação financeira e penalizações por eventuais atrasos? Prevê descontos por eventuais antecipações de pagamento?	LL, art. 40, XIV, “d”
11.5	Há previsão de critério de reajuste?	LL, art. 40, XI
12	DOS PRINCÍPIOS	

12.1	Há cláusula ou condição que possa comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação?	LL, art. 3º, § 1º, I
13 ANEXOS		
13.1	Consta o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos e especificações?	LL, art. 40, § 2º, I c/c art. 6º, IX, "a" a "f", X
13.2	Consta orçamento detalhado em planilhas de quantitativos com todos os custos, inclusive unitários no caso de obras e serviços de engenharia?	LL, art. 40, § 2º, II c/c art. 7, § 2º, II
13.3	Consta a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor?	LL, art. 40, § 2º, III
14 CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL		
14.1	Há previsão de que as empresas estrangeiras que não funcionem no País devem apresentar documentos equivalentes aos necessários à habilitação, autenticados pelo respectivo consulado brasileiro e traduzidos por tradutor juramentado?	LL, art. 32, § 4º, <i>in limine</i>
14.2	Há previsão de que as empresas estrangeiras que não funcionem no País devem ter representante legal no Brasil com poderes para receber citação e responder administrativa ou judicialmente?	LL, art. 32, § 4º, <i>in fine</i>
14.3	Há indicação de que, no caso de consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá obrigatoriamente à empresa brasileira?	LL, art. 33, II c/c § 1º
14.4	Há permissão ao licitante brasileiro cotar em moeda estrangeira quando os licitantes estrangeiros assim o fizerem?	LL, art. 40, IX c/c art. 42, § 1º
14.5	Há indicação de que o pagamento feito ao licitante brasileiro, contratado em virtude de licitação internacional, será efetuado em moeda brasileira à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento?	LL, art. 40, IX c/c art. 42, § 2º
14.6	Há indicação de que as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes às oferecidas ao licitante estrangeiro?	LL, art. 40, IX c/c art. 42, § 3º
14.7	Há indicação de que as propostas de licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que onerem os licitantes brasileiros?	LL, art. 40, IX c/c art. 42, § 4º
14.8	Há previsão de que os princípios norteadores da Administração Pública devem ser observados, mesmo nos casos de utilização de recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte em que poderão ser admitidas condições de ajustes internacionais aprovados	LL, art. 42, § 5º

	pelo Congresso Nacional?	
14.9	Há previsão de que as cotações de todos os licitantes serão entregues no mesmo local n?	LL, art. 40, IX c/c art. 42, § 6º
S = SIM		
N = NÃO		
NA= Não se Aplica		
RPT = Referência ao Papel de Trabalho.		
CF = Constituição da República Federativa do Brasil.		
LL = Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.		
LP = Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002.		
LRF = Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.		
Dec. = Decreto n.º 3.555, de 08 de agosto de 2000.		

A minuta de decisão normativa do Tribunal de Contas do Distrito Federal ressalva, ao final, que esse roteiro é indicativo, podendo o corpo técnico examinar quaisquer outros aspectos que entender necessários, conforme o caso.

Eis, portanto, uma excelente inspiração para que as empresas privadas façam o mesmo, internamente, criando e adotando seus próprios roteiros, de acordo com as suas especificidades, sempre que forem participar dos procedimentos licitatórios. Essa constitui, certamente, uma medida capaz de evitar muitas das surpresas no decorrer do processo licitatório e até mesmo na execução do contrato.

2.2.2 Legislação aplicável

2.2.2.1 Hipóteses

A empresa precisa ter ciência da legislação aplicável em cada certame do qual esteja participando. E isso depende de qual órgão ou entidade esteja em questão, pois são muitas as hipóteses.

A Lei nº 8.666/93 estabelece em seu artigo 1º, caput e parágrafo único, o seguinte:

“Art.1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. (g.n.)

Portanto, trata-se de uma lei dirigida a todos os órgãos, de todas as esferas de Governo.

Entretanto, ela mesma traz as exceções, no seu artigo 119, *caput* e parágrafo único:

“Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.” (g.n.)

Com suporte nesse dispositivo, entidades paraestatais, como os serviços sociais autônomos, entre eles o Sebrae - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, instituíram seus próprios regulamentos de licitações e contratos.

No caso exemplificado, a exposição de motivos do Regulamento do Sistema Sebrae¹³ menciona, logo no início, o fato de que o Tribunal de Contas da União já reconheceu, desde 1997, que os serviços sociais autônomos, integrantes do sistema “S”

¹³ SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Regulamento de licitações e de contratos do sistema Sebrae. Resolução CDN nº 54. Brasília, 18 out. 2001. Alterada pela Resolução CDN nº 69/2002. Brasília, 22 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/upload/licitacoes/RegulamLicitContratSS.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2004.

(SESI, SENAI, SENAC, SESC, SEST, SENAT, SENAR e SEBRAE) não estão sujeitos aos estritos procedimentos da Lei n.º 8.666/93 e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados.

Do regulamento ora exemplificado percebe-se a importância de se conhecer normas mais específicas.

Com efeito, enquanto a Lei n.º 8.666/93 trata das modalidades licitatórias tradicionais, a saber, a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, e a Lei n.º 10.520/2002 trata, especificamente, do pregão, o Regulamento do Sebrae trata de todas essas modalidades em um só texto, consolidado e com particularidades próprias, inclusive de natureza procedimentais.

Um segundo caso pode ser exemplificado: o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS¹⁴ (, previsto no artigo 67 da Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, e aprovado pelo Decreto n.º 2.745, de 24 de agosto de 1998.

O referido regulamento define ritos próprios para os certames licitatórios daquela empresa pública, sendo interessante destacar o dispositivo que prevê para os editais, a inclusão de “disposição assegurando à PETROBRÁS o direito de, antes da assinatura do contrato correspondente, revogar a licitação, ou, ainda, recusar a adjudicação a firma que, em contratação anterior, tenha revelado incapacidade técnica, administrativa ou financeira, à critério exclusivo da PETROBRÁS, sem que disso decorra, para os partícipes, direito a reclamação ou indenização de qualquer espécie”.

¹⁴ PETROBRÁS, Petróleo Brasileiro S/A. Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A. Decreto n.º 2.745. Brasília, 24 ago. 1998. Disponível em: <<http://www2.petrobras.com.br/negocios/portugues/pdf/decr2745.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2004.

Um terceiro exemplo vem do Conselho Federal de Contabilidade, entidade fiscalizadora do exercício profissional dos contadores, pessoa jurídica de direito privado, nos termos da Lei nº 9.648/98, e que estabelece na sua Resolução nº 843, de 25 de fevereiro de 1999, o “Regulamento dos Procedimentos de Contratação e dos Contratos no Sistema CFC/CRC”, que não dispõe, por exemplo, sobre a modalidade licitatória do pregão¹⁵.

Por fim, ainda pode se destacar um quarto exemplo, decorrente da edição do Decreto nº 3.697/2000, que regulamenta o pregão realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, usualmente conhecido como pregão virtual (realizado via Internet). Trata-se do regulamento criado pelo Banco do Brasil S.A., em consonância com o citado Decreto, para o sistema que permite a realização de licitações em ambiente virtual.

Nesse regulamento¹⁶ o Banco trata, por exemplo, de hipóteses de cancelamento de habilitação do licitante e de impedimento do uso do sistema. O sistema virtual é aberto também para a realização de licitações de diversos conveniados, como os Governos de Estados, entre eles Bahia, Pernambuco, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso e outros, além dos Correios, hospitais, tribunais e muitos municípios. Assim, o licitante que não se adequar a esse regulamento poderá ser excluído do sistema e, conseqüentemente, deixar até de participar de inúmeras licitações ao mesmo tempo.

¹⁵ CFC, Conselho Federal de Contabilidade. Regulamento dos Procedimentos de Contratação e dos Contratos no Sistema CFC/CRC. Resolução nº 843. Brasília, 25 fev. 1999. Disponível em: < http://www.cfc.org.br/uparq/legislacao/Res_843.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2004.

¹⁶ BANCO DO BRASIL S.A. Regulamento das condições de utilização do sistema LICITAÇÕES, para a realização de procedimentos licitatórios para aquisição de bens e serviços por intermédio da rede mundial de computadores – Internet. Brasília, 26 jan. 2001. Disponível em: <https://www.licitacoes.com.br/aop/lct/help/pt_br/regulamento/regulamento.htm>. Acesso em: 22 fev. 2004.

Em matéria de processo das licitações, portanto, há muito mais além do que o mero conhecimento dos procedimentos da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), do Decreto nº 3.931/2001 (Sistema de Registro de Preços), da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), do Decreto nº 3.555/2000 (Regulamento do Pregão), e do Decreto nº 3.697/2000 (Regulamento do Pregão Eletrônico).

A análise prévia da legislação aplicável em cada caso, incluindo leis, decretos e regulamentos, é medida indispensável à preservação dos direitos da empresa no processo.

2.2.3 Pedido de esclarecimento

2.2.3.1 Considerações gerais

O texto da Lei nº 8.666/93, Lei Geral das Licitações e Contratos, não traz um dispositivo específico quanto à forma e ao tempo para a formulação do pedido de esclarecimento à comissão de licitação, usualmente conhecido como consulta. A Lei apenas estabelece, no inciso VIII do seu artigo 40, entre as cláusulas obrigatórias dos editais, a indicação de:

“...locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto”. (g.n.)

Embora o pedido possa ser feito através de uma simples carta ou enviado por fax, apresentado-se depois o original, o certo é que não se deve deixar para consultar algo relativo ao edital quando ele já estiver surtindo efeitos concretos, ou seja, quando o procedimento licitatório estiver em fases avançadas, como a habilitação e análise de propostas.

2.2.3.2 Esclarecimento, modificação e vinculação

Quando um licitante faz determinado pedido de esclarecimento, em regra, a resposta da comissão de licitação ou do pregoeiro não possui o condão de modificar o edital, mas apenas aclarar determinada cláusula.

Nesse sentido tem-se a resposta como um ato desprovido de maiores implicações, a exemplo do que consta no seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI DO PREGÃO. 1. Ao menos em juízo preliminar, não se pode considerar que esclarecimentos prestados pelo pregoeiro aos licitantes, a fim de tirar suas dúvidas a respeito do objeto da licitação, têm o condão de modificar o edital. [...]3. Nega-se provimento ao agravo de instrumento. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento.”¹⁷ (g.n.)

Ocorre que, em determinadas situações a provocação de um licitante acaba por fazer a autoridade administrativa apereber-se de uma falha efetiva no edital, que exige modificação do seu teor. O exemplo comum é aquele relativo à relação de alguma descrição incompleta do objeto licitado, ou contradição quanto ao que consta desse objeto no corpo principal e no anexo do edital. Isso, certamente, terá o condão de causar interferência na elaboração das propostas dos licitantes, exigindo publicação da eventual alteração do edital, tudo em cumprimento ao disposto no § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93:

“Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.” (g.n.)

¹⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.001180-3 /DF. Sexta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Brasília, 11 abr. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 mai. 2003, p. 145.

Com efeito, considerando que a possibilidade de esclarecimentos encontra-se prevista exatamente no artigo relativo às cláusulas obrigatórias dos editais licitatórios, firmou-se o entendimento de que, uma vez publicada a resposta ao pedido de esclarecimentos essa se torna vinculante, com a mesma força do texto original do edital. Trata-se, enfim, de um ato administrativo da mesma autoridade e tornado público da mesma maneira. Daí a razão de se falar em um complemento do edital.

Nesse sentido tem se posicionado, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça:

*“Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONSULTA. A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital. [...] Recurso especial não conhecido”.*¹⁸ (g.n.)

Aliás, esse precedente acabou sendo utilizado expressamente para também firmar jurisprudência em outros tribunais brasileiros, a exemplo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no acórdão do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 96.01.36239-8 /BA¹⁹, pela sua Primeira Turma. E, na mesma linha de entendimento, embora sem referência ao caso do Superior Tribunal de Justiça, também acabou decidindo o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no acórdão do julgamento do Mandado de Segurança nº 112292100²⁰, pelo seu III Grupo de Câmaras Cíveis.

Por outro lado, diante desses exemplos, poder-se-ia pensar que a resposta ao pedido de esclarecimentos facilmente ou quase sempre teria o caráter vinculatório. Entretanto, o

¹⁸ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 198665 /RJ. Segunda Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 23 mar. 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, 30 mai. 1999, p. 137.

¹⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 96.01.36239-8 /BA. Primeira Turma. Relator: Juiz Luciano Tolentino Amaral. Brasília, 06 out. 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 23 out. 2000, p. 07.

²⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Mandado de Segurança nº 112.292-1. III Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Desembargador Antônio Lopes de Noronha. Curitiba, 16 mai. 2002. Diário da Justiça do Estado, Curitiba, 19 ago. 2002, p. 167/185.

assunto deve ser visto com temperança. Isso porque também é preciso lembrar que a autoridade administrativa não pode, ao seu livre arbítrio, fazer de morta a redação original do edital, sob pena de quebra do princípio da vinculação, insculpido no artigo 3º, *caput*, e artigo 41 da Lei nº 8.666/93. Afinal, esclarecer não significa violar o edital. Não se pode, por exemplo, no ato de responder ao pedido de esclarecimentos, criar nova exigência que não constava do edital original. E esse foi exatamente um caso concreto, muito interessante, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de onde se extrai o cerne do acórdão:

“Ementa: ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - EXIGÊNCIAS NÃO PREVISTAS NO EDITAL - ILICITUDE - EMPRESA RECÉM CRIADA - DEMONSTRATIVOS FINANCEIROS. Se o edital dispensa as empresas recém criadas de apresentarem balanço e demonstrações financeiras, não pode a comissão de licitação - a pretexto de responder consultas - tornar obrigatória tal documentação. Decisão: por unanimidade, conceder a segurança.”²¹ (g.n.)

2.2.3.3 Oportunidade

As empresas devem estar atentas ao momento oportuno para o uso desse instrumento em cada modalidade de certame.

No caso das licitações regidas pela Lei nº 8.666/93, embora não exista um prazo determinado, a integração lógica do texto legal indica que eventual pedido de esclarecimento deve ser feito antes mesmo de qualquer impugnação, uma vez que, dependendo da resposta desse pedido, a licitante terá ainda mais argumentos e provas para se insurgir contra o edital, administrativa ou judicialmente.

²¹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5642 /DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 27 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 ago. 1998, p. 04.

De outro lado, se o prazo para a própria impugnação administrativa, pela referida lei, é de até dois dias úteis antes da abertura dos envelopes e habilitação e propostas, isso indica que os pedidos de esclarecimento também sequer devem passar desse momento.

A prova coerente dessa *mens legis* está no fato de que o Decreto nº 3.555/2000, norma bem mais recente, e que aprova o regulamento do pregão, estabelece em seu artigo 12 o prazo único de dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, para qualquer pessoa “solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão”. Impõe-se, portanto, que o pedido de esclarecimentos seja feito dentro do prazo oportuno, sob pena de prejuízo para a empresa.

Observe-se, por exemplo, o caso de uma licitação que foi realizada por um dos tribunais de Brasília, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para o fornecimento de bilhetes de passagens aéreas. Não havia qualquer ilegalidade no edital. Entretanto, uma das empresas licitantes resolveu questionar ao pregoeiro se o tribunal (órgão do Poder Judiciário), aplicaria na execução do contrato regra constante de uma portaria do antigo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE (órgão do Poder Executivo). *In casu*, a portaria dispensava, gradualmente, da aplicação do desconto ofertado (na proposta de preços), sobre cada passagem aérea, toda vez que aquela empresa conseguisse diretamente com a companhia aérea um desconto cada vez maior. Tratava-se de uma norma externa, mas comprovadamente econômica para o tribunal, além de ter o condão de desonerar, de forma escalonada, os custos da contratada. Diante disso, o pregoeiro respondeu à consulta da licitante confirmando a aplicação da portaria.

O que se pretende demonstrar, com esse exemplo, é que muitas vezes as consultas não dizem respeito a ilegalidades nos editais, e não implicam em atritos com a comissão de licitação ou o pregoeiro, mas resolvem pequenos detalhes que podem ser de grande valia para a licitante.

2.2.4 Impugnação ao edital

2.2.4.1 Considerações gerais

Impugnar, segundo o Professor Plácido e Silva, do latim *impugnatio*, de *impugnare* (atacar, combater, contradizer), “na prática forense quer exprimir todo ato de repulsa, de contestação, de contradita, praticado contra atos do adversário ou parte contrária, pelos quais se procura anular ou desfazer suas alegações ou pretensões, ou impedir que promova ato processual, demonstrado ou julgado injusto”²².

Nesse sentido, o § 2º do artigo 41 da Lei nº 8.666/93 trata do direito do licitante de impugnar o edital, nos seguintes termos:

“§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

Entre os temas mais ventilados nas impugnações estão as exigências abusivas relativas à qualificação econômico-financeira e à capacidade técnica do licitante, a ausência de estimativa do valor do contrato, e o objeto direcionado, impreciso ou em contradição com anexos do próprio edital.

Todos esses temas mencionados são de crucial importância na licitação, razão pela qual se conclui que a impugnação, mais do que uma faculdade, representa um instrumento indispensável de provocação da empresa, em face da Administração.

²² Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1993, V. II, p. 434.

2.2.4.2 Decadência

Mesmo cientes da regra decadencial, muitas empresas não apresentam qualquer impugnação em face dos termos dos editais das licitações que pretendem participar.

Isso acontece pelas mais diversas razões, variando desde a falta de leitura prévia e atenciosa do edital, passando pela ausência de conhecimentos jurídicos adequados para verificar possíveis vícios, pela insensatez de pensar que determinada cláusula editalícia duvidosa não lhe trará qualquer prejuízo futuro, até chegar à avareza de não querer contratar advogados ou consultores especializados que possam redigir uma peça administrativa adequada.

Além disso, em alguns casos, as empresas deixam de impugnar o edital, propositadamente, para argüir determinado vício somente em momento posterior, prejudicando assim o regular desenvolvimento do procedimento licitatório. Nessa atitude dolosa, a empresa busca o retardamento da licitação para que possa obter um pouco mais de proveito econômico de eventual contrato emergencial que ela ainda tenha vigente perante aquele mesmo órgão público.

De outro lado, também é comum a tentativa de fazer retroceder o procedimento para que a empresa possa ganhar mais tempo para providenciar a sua documentação, ainda incompleta, a ser apresentada naquela mesma licitação.

Observa-se, pois, que tais práticas devem ser analisadas sempre em face da máxima que diz: “a ninguém é lícito se beneficiar da sua própria torpeza”.

Diante de todo esse universo de situações hipotéticas, às vezes justificáveis e outras injustificáveis, não poderia a Administração, que age na licitação em posição de supremacia de poder, ficar sempre ao alvedrio do comportamento dos particulares (licitantes). Por essa razão é que se justifica a existência dessa norma impositiva da decadência na esfera administrativa.

A imposição da decadência também se encontra harmônica com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo²³, uma vez que essas são exercidas nos termos da Lei.

Nesse particular, a Lei nº 8.666/93 faculta a todos os eventuais licitantes o direito de impugnar o certame dentro de prazo bastante razoável, até dois dias úteis antes da abertura dos envelopes da habilitação²⁴.

Além disso, a impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente²⁵. Ou seja, ainda há uma espécie de salvaguarda para o licitante. Convém registrar, entretanto, que em relação à modalidade do pregão, onde as fases são invertidas, inexistindo essa última regra, o prazo geral para a impugnação é de dois dias úteis antes da abertura das propostas.

Ao contrário do que algumas empresas pensam, deixar para discutir o edital em momento posterior, ainda que na via judicial, pode não ser uma solução viável, uma vez que a jurisprudência tende a não reverter a situação desfavorável à empresa. E essa visão dos tribunais a respeito da impugnação administrativa constitui um dos pontos de destaque no presente trabalho.

²³ Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal

²⁴ Art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93

²⁵ Art. 41, § 3º, da Lei nº 8.666/93

Pode-se começar analisando as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, do qual se destaca um dos precedentes mais recentes, do ano de 2003:

*“Ementa: ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DIVERGÊNCIA ENTRE EDITAL E PLANILHA DE SERVIÇOS - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO PRAZO LEGAL - IMPUGNAÇÃO APÓS O CONHECIMENTO DO JULGAMENTO DESFAVORÁVEL - IMPOSSIBILIDADE - ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - PREJUÍZOS VULTOSOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 41, § 2º, DA LEI 8.666/93. O licitante que tinha ciência da divergência entre o Edital e a planilha de serviços anexa e não a impugnou no prazo legal, vindo a fazê-lo somente após o conhecimento do julgamento a ele desfavorável, não pode se beneficiar de sua própria torpeza, com a anulação do procedimento licitatório e com prejuízos à Administração Pública e à própria comunidade, que necessita do fornecimento do bem ou serviço. Em reexame necessário, reformaram a sentença”.*²⁶
(g.n.)

No mesmo sentido já haviam se firmado precedentes anteriores daquele tribunal, também do ano de 2003²⁷, e ainda de 2002²⁸ e 2001²⁹.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, já decidiu:

“Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Licitação para fornecimento de carrinhos para excepcionais e cadeira de rodas - Tendo a impetrante deixado de impugnar item do edital que exigia registro no Ministério da Saúde ou certificado de isenção

²⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 1.0000.00.262691-9/000. Relator: Desembargador Dorgival Guimarães Pereira. Belo Horizonte, 28 fev. 2003. Data da publicação: 12 set. 2003

²⁷ _____. Processo nº 1.0000.00.263712-2/000. Relator: Desembargador Brandão Teixeira. Belo Horizonte, 25 fev. 2003. Data da publicação: 28 mar. 2003

²⁸ _____. Processo nº 1.0000.00.233764-0/000. Relator: Desembargador Brandão Teixeira. Belo Horizonte, 18 mar. 2002. Data da publicação: 26 abr. 2002

²⁹ _____. Processo nº 1.0000.00.221800-6/000. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva Teixeira. Belo Horizonte, 27 mar. 2001. Data da publicação: 06 abr. 2001

de registro para seus produtos, os reclamos tardios contra a exigência do licitante esbarraram no artigo 41 da Lei n. 8.666/93 [...] - Recurso não provido".³⁰ (g.n.)

Ressalte-se que esse não é o único precedente daquela Corte Estadual com idêntico entendimento.³¹

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná possui precedente interessante, no acórdão do julgamento da Apelação Cível nº 118.955-7, de Relatoria do Excelentíssimo Senhor Desembargador Antônio Lopes de Noronha, onde foi negado provimento ao recurso (apelação) da empresa que deixou para impugnar cláusula do edital somente na data prevista para a entrega dos envelopes³². O fundamento para a decisão do Tribunal foi a inobservância do prazo decadencial do artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios a jurisprudência também considera a ausência da impugnação administrativa como um obstáculo para a empresa, sendo oportuno citar os acórdãos de números 176880³³ e 176879³⁴, ambos julgados em maio de 2003, e que possuem idêntica ementa, nos seguintes termos:

“ADMINISTRATIVO - NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO: DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM O DISTRITO FEDERAL - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - EXIGÊNCIA DE

³⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 105.399-5. 2ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Toledo César. São Paulo, 27 jan. 2001

³¹ _____. Apelação Cível nº 80.599-5. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Celso Bonilha. São Paulo, 30 jun. 1999

³² PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 118.955-7. Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Antônio Lopes de Noronha. Curitiba, 18 jun. 2003. Diário da Justiça do Estado, Curitiba, 04 ago. 2003.

³³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível e Remessa da Ofício nº 1998.01.1.017212-6 APC DF. Acórdão nº 176880. 4ª Turma Cível. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Brasília, 05 mai. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 27 ago. 2003, Seção 3, p. 45.

³⁴ _____. Apelação Cível e Remessa de Ofício nº 1998.01.1.010865-5 APC DF. Acórdão nº 176879. 4ª Turma Cível. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Brasília, 05 mai. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 27 ago. 2003, Seção 3, p. 45.

AUSÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 1 - A vinculação ao edital é princípio basilar de toda licitação. É através do edital que a Administração Pública fixa os requisitos para participação no certame, define o objeto e as condições básicas do contrato. 2 - Não impugnado o edital, no prazo legal, decai o direito, não podendo fazê-lo após decisão da comissão que lhe foi desfavorável. [...]. 5 -Deu-se provimento aos recursos.Decisão: Dar provimento. Unânime". (g.n.)

Há, entretanto, uma decisão interessante, inclusive da mesma Relatora, Desembargadora Vera Andrichi, no sentido de permitir a discussão judicial sobre as cláusulas do edital, uma vez que as autoridades administrativas haviam ficado omissas, deixando de apreciar a impugnação regularmente apresentada pela licitante. Nesse caso, o fundamento foi de que aquela nulidade, ocorrida durante o processo licitatório contaminaria todos os atos seguintes, chegando até mesmo ao desfazimento do contrato já firmado com outra empresa. O fundamento estaria no artigo 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93, expresso no sentido de que “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato”. A ementa da decisão, na parte que interessa à matéria, encontra-se assim redigida:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E AJARDINAMENTO. I - A celebração do contrato administrativo não conduz à perda do objeto do mandado de segurança onde se discute a nulidade de cláusulas constantes do edital de licitação, ante o disposto no art. 49, § 2º, da Lei 8.666/93.[...]. IV - Apelo da SALUB improvido e provido o da SPL.”³⁵ (g.n.)

É importante frisar, novamente, a particularidade desse caso, onde o licitante não havia deixado de impugnar o edital, mas as autoridades administrativas é que não haviam respondido à impugnação, dando continuidade ao procedimento licitatório.

Passando à análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, também se constata a existência de precedentes no sentido de que o edital não impugnado

³⁵ . Apelação Cível nº 2000.01.1.014388-7 APC DF. Acórdão nº 157807. 4ª Turma Cível. Relatora: Desembargadora Vera Andrichi. Brasília, 20 mai. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 24 ago. 2002, Seção 3, p. 68.

oportunamente vincula os licitantes³⁶. Há, inclusive, registro de condenação por litigância de má-fé, no caso de licitante que não havia impugnado o edital, e, posteriormente, juntou documento diverso, pretendo forçar sua habilitação.³⁷

Por fim, chega-se à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, intérprete maior das normas infraconstitucionais pátrias, e, em relação ao qual são necessárias considerações mais detalhadas.

Em primeiro lugar, é preciso registrar que nos idos de 1988 a Primeira Seção do Tribunal, nos autos do Mandado de Segurança nº 5655/DF, decidiu que a falta da impugnação administrativa não inviabilizaria a análise judicial das cláusulas do edital, mesmo em fase avançada do processo licitatório. O que interessa da ementa, para esse estudo, está posto nos seguintes termos:

“[...]A caducidade do direito à impugnação (ou do pedido de esclarecimentos) de qualquer norma do Edital opera, apenas, perante a Administração, eis que, o sistema de jurisdição única consignado na Constituição da República impede que se subtraia da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Até mesmo após abertos os envelopes (e ultrapassada a primeira fase), ainda é possível aos licitantes propor as medidas judiciais adequadas à satisfação do direito pretensamente lesado pela Administração. [...]”³⁸ (g.n.)

Ocorre que, mais adiante, a Primeira e a Segunda Turmas, cujos Ministros integram, exatamente, a Primeira Seção daquele Tribunal, passaram a decidir em sentido contrário, sendo importante destacar o acórdãos proferidos no Recurso Ordinário em Mandado de

³⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.039696-8 /DF. Despacho. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Brasília, 19 nov. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 22 nov. 2002, p. 143.

³⁷ _____ . Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.036816-7 /DF. Quinta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 10 nov. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 25 nov. 2003, p. 74.

³⁸ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5655 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 27 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 31 ago. 1998, p. 04

Segurança nº 10847/MA, datado de 27.11.2001, e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 395425/MG, em 06.12.2001, respectivamente:

*“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - QUESTÃO DE PROVA - CADUCIDADE - EDITAL DE LICITAÇÃO. A não impugnação possibilitou a conclusão do certame e, após este, esvaziou o remédio judicial. Agravo improvido”.*³⁹ (g.n.)

*“Ementa: ROMS. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO EDITAL PELA EMPRESA RECORRENTE. DECISÃO ADMINISTRATIVA PROFERIDA SOB O CRIVO DA LEGALIDADE. I - O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público. II - Se o Recorrente, ciente das normas editalícias, não apresentou em época oportuna qualquer impugnação, ao deixar de atendê-las incorreu no risco e na possibilidade de sua desclassificação, como de fato aconteceu. II - Recurso desprovido”.*⁴⁰ (g.n.)

O posicionamento, portanto, passou a ser taxativamente contrário às empresas que ficam inertes e somente após eventual inabilitação ou desclassificação de proposta resolvem questionar cláusulas editalícias. Na mesma linha firmaram-se outros precedentes, a exemplo do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 402711. O destaque para este acórdão é a referência expressa não à “decadência”, mas à “preclusão,” como fator que impossibilita o questionamento de cláusulas editalícias após o julgamento das propostas⁴¹.

³⁹ _____, Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 395425 / MG. Primeira Turma. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 06 dez. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 15 abr. 2002, p. 184.

⁴⁰ _____, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10847 / MA. Segunda Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 27 nov. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 18 fev. 2002, p. 279.

⁴¹ _____, Recurso Especial nº RESP 402711 / SP. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 11 jun. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 19 ago. 2002, p. 145.

Por fim, em acórdãos ainda mais recentes, nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15051/ RS⁴² e no Recurso Especial nº 402826 /SP⁴³, a antiga divergência sobre a matéria chega a ser mencionada, mas o texto decisório deixa claro que o entendimento firmado é no sentido de que “a partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame”. E isso, inclusive, prejudica as respectivas ações judiciais.

2.2.5 Documentação e proposta

2.2.5.1 Importância de cumprir as exigências

Uma das maiores causas da perda do direito das empresas no processo das licitações é a falta de atendimento às exigências editalícias, muitas vezes por desatenção com os documentos e as propostas a serem apresentadas.

Aqui não se pretende discutir o mérito de cada uma das mais variadas exigências editalícias, para afirmar se são legais ou ilegais, mas apenas demonstrar, de acordo com casos concretos julgados pelos tribunais, que, estando ainda vigentes determinadas exigências, por não terem sido superadas via impugnação administrativa ou judicial prévia, o licitante deverá observá-las, sob pena de sofrer inabilitação ou desclassificação de sua proposta.

Observa-se, por exemplo, que muitos licitantes entregam seus envelopes relativos à habilitação sem determinado documento exigido pelo edital, ou com omissões ou outras falhas, na esperança de que aquela atitude seja relevada pela comissão de licitação ou pelo

⁴² _____ . Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15051 / RS. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 1º out. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 18 nov. 2002, p. 166.

⁴³ _____ . Especial nº RESP 402826 / SP. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 18 fev. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 24 mar. 2003, p. 201.

pregoeiro. Pode-se citar o caso de uma empresa que junta procuração geral para o seu representante, mesmo sabendo que o edital pede uma procuração com poderes específicos para que ele possa oferecer lances verbais, em nome daquela empresa, durante a sessão de um pregão (essa exigência, fundamentada no artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 10.520/2002, objetiva dar segurança à Administração para exigir o cumprimento do que foi ofertado verbalmente na sessão).

Situações dessa natureza, em regra, levam a uma sucessão de tentativas administrativas e judiciais, muitas vezes infrutíferas, de reverter um prejuízo causado pela própria empresa, sendo aqui bastante oportuna a lição do professor Jessé Torres Pereira Júnior:

*“...no processo administrativo da licitação, cada licitante sabe, em face das exigências do edital, quais os documentos e informações que deverão estar nos respectivos envelopes. Não os trazer significa descumprir o edital, acarretando-lhe a inabilitação ou a desclassificação da proposta. A proibição de serem aceitos posteriormente respeita o direito dos demais licitantes ao processamento do certame de acordo com as exigências do edital”.*⁴⁴ (g.n.)

2.2.5.2 Situações mais freqüentes

A análise das omissões, falhas e discrepâncias mais comuns das empresas quanto às exigências constitui um interessante objeto de estudo.

Em pesquisa jurisprudencial realizada com uma média de 150 (cento e cinquenta) decisões de cada um dos tribunais adiante elencados, todas relacionadas com licitações, foram obtidas centenas de resultados. Desses, foram selecionados aqueles que contivessem decisões relativas apenas às causas rotineiras de inabilitação de empresas ou desclassificação de suas propostas.

⁴⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Renovar, 1993, p. 224.

Os resultados finais foram compilados conforme se vê adiante.

TABELA 2 - Causas de inabilitação e desclassificação - TJMG

Processo	Assunto	Decisão favorável
1.0000.00.304412-0/000 ⁴⁵	Falta de atestado de capacidade técnica	Não
1.0000.00.257966-2/000 ⁴⁶	Falta de qualificação técnica	Não
1.0000.00.307413-5/000 ⁴⁷	Certidão negativa de Dívida Ativa da União com prazo vencido	Não
1.0000.00.295884-1/000 ⁴⁸	Qualificação técnica – Certificado de boas técnicas de fabricação	Sim
1.0000.00.204122-6/000 ⁴⁹	Qualificação econômico-financeira – Patrimônio líquido mínimo pelo certificado de registro cadastral	Sim
1.0000.00.142097-5/000 ⁵⁰	Falta de autenticação de documento estrangeiro	Sim
1.0000.00.277600-3/000 ⁵¹	Falta de capacitação técnico-operacional em nome da empresa	Não
1.0000.00.257110-7/000 ⁵²	Ausência de identificação no envelope	Sim

⁴⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 1.0000.00.304412-0/000. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Nilson Reis. Belo Horizonte, 02 dez. 2003. Data da publicação: 19 dez. 2003

⁴⁶ _____, Processo nº 1.0000.00.257966-2/000. Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador José Domingues Ferreira Esteves. Belo Horizonte, 31 mar. 2003. Data da publicação: 14 nov. 2003

⁴⁷ _____, Processo nº 1.0000.00.307413-5/000. Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Jarbas Ladeira. Belo Horizonte, 12 mai. 2003. Data da publicação: 19 set. 2003

⁴⁸ _____, Processo nº 1.0000.00.295884-1/000. Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Hyparco Immesi. Belo Horizonte, 26 jun. 2003. Data da publicação: 09 set. 2003

⁴⁹ _____, Processo nº 1.0000.00.204122-6/000. Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Almeida Melo. Belo Horizonte, 01 mar. 2001. Data da publicação: 10 abr. 2001

⁵⁰ _____, Processo nº 1.0000.00.142097-5/000. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Páris Peixoto. Belo Horizonte, 15 jun. 1999. Data da publicação: 19 jun. 1999

⁵¹ _____, Processo nº 1.0000.00.277600-3/000. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Roney Oliveira. Belo Horizonte, 12 jun. 2003. Data da publicação: 10 out. 2003

⁵² _____, Processo nº 1.0000.00.257110-7/000. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Orlando Carvalho. Belo Horizonte, 05 nov. 2002. Data da publicação: 13 nov. 2002

1.0000.00.227369-6/000 ⁵³	Ausência de rubrica na proposta	Sim
1.0000.00.212943-5/000 ⁵⁴	Proposta que supera previsão orçamentária	Não

TABELA 3 - Causas de inabilitação e desclassificação - TJPR

Processo	Assunto	Decisão favorável
1336712 ⁵⁵	Falta de cadastramento prévio da empresa	Não
1270311 ⁵⁶	Protocolo do envelope de caução fora do prazo	Sim

TABELA 4 - Causas de inabilitação e desclassificação - TJRJ

Processo	Assunto	Decisão favorável
2003.002.12216 ⁵⁷	Falta de certidão de quitação fiscal, mesmo com tributos quitados	Sim
2003.001.09574 ⁵⁸	Qualificação técnica do quadro permanente	Sim
2002.002.21553 ⁵⁹	Proposta inexecutável	Não
2000.001.01430 ⁶⁰	Falta de apresentação de todos os documentos exigidos	Não

⁵³ _____, Processo nº 1.0000.00.227369-6/000. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Kildare Carvalho. Belo Horizonte, 11 abr. 2002. Data da publicação: 26 abr. 2002

⁵⁴ _____, Processo nº 1.0000.00.212943-5/000. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Francisco Lopes de Albuquerque. Belo Horizonte, 05 jun. 2001. Data da publicação: 08 jun. 2001

⁵⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 0133671-2. 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Mário Rau. Curitiba, 09 jun. 2003. Diário de Justiça nº 6395, 23 jun. 2003

⁵⁶ _____, Processo nº 0127031-1. 5ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Domingos Ramina. Curitiba, 10 dez. 2002. Diário de Justiça nº 6301, 03 fev. 2003

⁵⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 2003.002.12216. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Orlando Secco. Rio de Janeiro, 30 set. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 10 out. 2003, p. 45/48

⁵⁸ _____, Processo nº 2003.001.09574. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Laerson Mauro. Rio de Janeiro, 29 set. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 14 nov. 2003, p. 68/73

⁵⁹ _____, Processo nº 2002.002.21553. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Fonseca Passos. Rio de Janeiro, 01 abr. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 04 abr. 2003, p. 89

2002.001.21225 ⁶¹	Proposta inexeqüível	Não
2002.001.27528 ⁶²	Alegação de extravio de documentos pela comissão de licitação	Não
2002.001.03896 ⁶³	Não atendimento de exigências de qualificação técnica – Experiência anterior	Não
2002.001.12813 ⁶⁴	Proposta inexeqüível	Não
2001.002.15944 ⁶⁵	Falta de certidão negativa de débito previdenciário	Sim
2002.001.02605 ⁶⁶	Falta de capacitação técnica – Experiência	Não
2000.001.21772 ⁶⁷	Habilitação técnica – Instalações físicas	Sim
2003.002.12216 ⁶⁸	Certidão de quitação de tributos e contribuições federais – Quitados	Sim
2003.001.09574 ⁶⁹	Qualificação técnica – atestados	Sim
2002.001.22819 ⁷⁰	Capacitação técnico-operacional - Certificado de regularidade ambiental	Não

⁶⁰ _____. Processo nº 2000.001.01430. Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Jair Pontes de Almeida. Rio de Janeiro, 25 mar. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 04 abr. 2003, p. 55/56

⁶¹ _____. Processo nº 2002.001.21225. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargadora Nanci Mahfuz. Rio de Janeiro, 25 mar. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 20 jun. 2003, p. 33/34

⁶² _____. Processo nº 2002.001.27528. Décima Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargadora Nametala Machado Jorge. Rio de Janeiro, 12 mar. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 04 abr. 2003, p. 76/81

⁶³ _____. Processo nº 2002.001.03896. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargadora Leila Mariano. Rio de Janeiro, 14 ago. 2002. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 26 set. 2002

⁶⁴ _____. Processo nº 2002.001.12813. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargadora Helena Belc Klausner. Rio de Janeiro, 13 ago. 2002. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 23 set. 2003

⁶⁵ _____. Processo nº 2001.002.15944. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Raul Celso Lins e Silva. Rio de Janeiro, 27 mar. 2002. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 12 ago. 2002

⁶⁶ _____. Processo nº 2002.001.02605. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Jayro S. Ferreira. Rio de Janeiro, 26 mar. 2002. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 03 abr. 2002

⁶⁷ _____. Processo nº 2000.001.21772. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Gamaliel Q. De Souza. Rio de Janeiro, 25 set. 2001. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 17 out. 2001

⁶⁸ _____. Processo nº 2003.002.12216. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Orlando Secco. Rio de Janeiro, 30 set. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 10 out. 2003, p. 45/48

⁶⁹ _____. Processo nº 2003.001.09574. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Laerson Mauro. Rio de Janeiro, 23 set. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 14 nov. 2003, p. 68/73

TABELA 5 - Causas de inabilitação e desclassificação - TJSP

Processo	Assunto	Decisão favorável
007.167.5-00 ⁷¹	Proposta com valores simbólicos	Não
014.171.5/5-00 ⁷²	Apresentado apenas um atestado de capacidade técnica	Sim
046.335.5-00 ⁷³	Falta de certidão de regularidade fiscal perante a União	Sim
049.829.5-00 ⁷⁴	Falta de certidão de regularidade fiscal perante Município	Não
043.626.5-00 ⁷⁵	Qualificação técnica do quadro permanente (antecipada)	Sim
053.964.5-00 ⁷⁶	Atualização da documentação demonstrativa da capacidade econômica e técnica	Sim
080.599.5-00 ⁷⁷	Falta de prova da qualificação técnica e qualificação econômico-financeira	Não
100.444.5-00 ⁷⁸	Falta de capacidade técnico-operacional em nome da empresa	Não
075.832.5/9-00 ⁷⁹	Falta de comprovação de capacidade operativa	Não

⁷⁰ _____. Processo nº 2002.001.22819. Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Ely Barbosa. Rio de Janeiro, 18 fev. 2003. Diário Oficial do Estado, Rio de Janeiro, 28 abr. 2003

⁷¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 007.167.5/0-00. 2ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Lineu Peinado. São Paulo, 05 fev. 1998. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 03 abr. 1998

⁷² _____. Processo nº 014.171.5/5-00. 4ª Câmara de "Janeiro/97" de Direito Público. Relator: Desembargador J. G. Jaconina Rabello. São Paulo, 12 fev. 1998. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 24 mar. 1998

⁷³ _____. Processo nº 046.335.5-00. 1ª Câmara "Julho/98" de Direito Público. Relator: Desembargador Luiz Tâmbara. São Paulo, 08 set. 1998. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 28 set. 1998

⁷⁴ _____. Processo nº 049.829.5/0-00. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Celso Bonilha. São Paulo, 04 nov. 1998. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 18 dez. 1998

⁷⁵ _____. Processo nº 043.626.5/0-00. 4ª Câmara "Julho/98" de Direito Público. Relator: Eduardo Braga. São Paulo, 29 out. 1998. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 21 nov. 1998

⁷⁶ _____. Processo nº 053.964.5/0-00. 8ª Câmara de Direito Público. Relatora: Teresa Ramos Marques. São Paulo, 10 fev. 1999. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 30 mar. 1999

⁷⁷ _____. Processo nº 080.599.5/6-00. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Celso Bonilha. São Paulo, 30 jun. 1999. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 18 ago. 1999

⁷⁸ _____. Processo nº 100.444.5/0-00. 1ª Câmara de Direito Público. Relator: Scarance Fernandes. São Paulo, 10 ago. 1999. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 27 ago. 1999

097.183.5-00 ⁸⁰	Termo final do prazo para oferecimento da garantia da proposta	Não
097.179.5/9-00 ⁸¹	Falta de atualização de registro cadastral da licitante	Sim
105.399.5-00 ⁸²	Falta de registro de produto no Min. Saúde	Não
089.793.5-00 ⁸³	Falta de especificação de marca e da procedência do produto cotado	Sim
104.913.5-00 ⁸⁴	Falta de prova da regularidade tributária	Sim
128.553.5/7-01 ⁸⁵	Certidão emitida pelo CREA/DF sem visto do CREA/SP	Sim

TABELA 6 - Causas de inabilitação e desclassificação - TJDF

Processo	Assunto	Decisão favorável
AGI 20030020036213 ⁸⁶	Falta de capacitação técnico-profissional	Não
APC 20010111234465 ⁸⁷	Falta de regularidade perante o FGTS	Sim
AGI 20020020051251 ⁸⁸	Capacidade de endividamento acima do máximo permitido	Sim

⁷⁹ _____. Processo nº 075.832.5/-00. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Scarance Fernandes. São Paulo, 15 set. 1999. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 05 out. 1999

⁸⁰ _____. Processo nº 097.183.5/7-00. 8ª Câmara de Direito Público. Relatora: Teresa Ramos Marques. São Paulo, 05 abr. 2000. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 26 jun. 2000

⁸¹ _____. Processo nº 097.179.5/-00. 7ª Câmara de Direito Público. Relator: Jovino de Sylos. São Paulo, 08 mai. 2000. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 19 jun. 2000

⁸² _____. Processo nº 105.399.5/-00. 2ª Câmara de Direito Público. Relator: Toledo César. São Paulo, 27 jan. 2000. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 18 fev. 2000

⁸³ _____. Processo nº 089.793.5/7-00. 7ª Câmara de Direito Público. Relator: Jovino de Sylos Neto. São Paulo, 09 out. 2000. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 13 dez. 2000

⁸⁴ _____. Processo nº 104.913.5/-00. 9ª Câmara "Janeiro/2000" de Direito Público. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 23 fev. 2000. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 05 abr. 2000

⁸⁵ _____. Processo nº 128.553.5/-01. 9ª Câmara de Direito Público. Relator: Ricardo Lewandowski. São Paulo, 25 abr. 2001. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 03 set. 2001

⁸⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo nº AGI 2003.00.2.003621-3. 5ª Turma Cível. Relator: Desembargador Romeu Gonzaga Neiva. Brasília, 09 jun. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 17 set. 2003, Seção 3, p. 36/43

⁸⁷ _____. Processo nº APC 2001.01.1.123446-5. 4ª Turma Cível. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Brasília, 05 mai. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 20 ago. 2003, Seção 3, p. 59/66

RMO 20010110632145 ⁸⁹	Falta de demonstração de regularidade fiscal no Estado de origem	Sim
RMO 20010110515208 ⁹⁰	Falta de comprovação de caução em envelope distinto	Sim
RMO 20010110442285 ⁹¹	Comprovante de caução em envelope errado	Sim
APC 20000110225689 ⁹²	Inadimplência junto à Terracap – DF	Não
EIC 19990110003270 ⁹³	Declaração inverídica	Não
APC 20000110143887 ⁹⁴	Falta de capacidade técnica em nome da empresa	Sim
AGI 20010020066330 ⁹⁵	Falta de atestado de capacidade técnica	Não
AGI 20020020009797 ⁹⁶	Débitos tributários – Impossibilidade de certidão positiva com efeito negativo	Não

TABELA 7- Causas de inabilitação e desclassificação – TRF5

Processo	Assunto	Decisão favorável
----------	---------	-------------------

⁸⁸ _____. Processo nº AGI 2002.00.2.005125-1. 5ª Turma Cível. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 28 out. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 23 abr. 2003, Seção 3, p. 57

⁸⁹ _____. Processo nº RMO 2001.01.1.063214-5. 3ª Turma Cível. Relator: Desembargador Vasquez Cruxên. Brasília, 26 ago. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 29 set. 2002, Seção 3, p. 46

⁹⁰ _____. Processo nº RMO 2001.01.1.051520-8. 4ª Turma Cível. Relator: Desembargador Estevam Maia. Brasília, 05 ago. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 11 set. 2002, Seção 3, p. 53

⁹¹ _____. Processo nº RMO 2001.01.1.044228-5. 4ª Turma Cível. Relator: Desembargador Estevam Maia. Brasília, 05 ago. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 11 set. 2002, Seção 3, p. 53

⁹² _____. Processo nº APC 2000.01.1.022568-9. 1ª Turma Cível. Relator: Desembargador Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, 25 fev. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 11 set. 2002, Seção 3, p. 34

⁹³ _____. Processo nº EIC 1999.01.1.000327-0. 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Estavam Maia. Brasília, 06 mar. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 04 set. 2002, Seção 3, p. 33

⁹⁴ _____. Processo nº APC 2000.01.1.014388-7. 4ª Turma Cível. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Brasília, 20 mai. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 28 ago. 2002, Seção 3, p. 68

⁹⁵ _____. Processo nº AGI 2001.00.2.006633-0. 4ª Turma Cível. Relator: Desembargador Jair Soares. Brasília, 29 abr. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 26 jun. 2002, Seção 3, p. 58

⁹⁶ _____. Processo nº AGI 2002.00.2.000979-7. 4ª Turma Cível. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Brasília, 25 mar. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 05 jun. 2002, Seção 3, p. 55

9905128280 ⁹⁷	Certidão negativa de débito substituída por registro cadastral	Sim
--------------------------	--	-----

TABELA 8 - Causas de inabilitação e desclassificação - TRF1

Processo	Assunto	Decisão favorável
2002.01.00.034677-1 ⁹⁸	Limitação em apenas um atestado de capacidade técnica	Sim
2002.01.00.031115-6 ⁹⁹	Limitação do número máximo de consorciados e limitação em apenas dois atestados de capacidade técnica	Sim
2002.01.00.041270-5 ¹⁰⁰	Expedição de certidão negativa de débito do INSS	Sim
2002.01.00.030392-0 ¹⁰¹	Atestados de capacidade técnica adequados ao objeto	Sim
2002.01.00.030013-6 ¹⁰²	Falta de capacidade econômico-financeira de consorciada – Balanço patrimonial	Não
1999.01.00.100047-5 ¹⁰³	Garantia apresentada fora de prazo e documentação via "fax"	Não
1999.34.00.034483-4 ¹⁰⁴	Inexequibilidade de proposta	Não
1998.01.00.027471-1 ¹⁰⁵	Expedição de certificado de regularidade junto ao FGTS	Sim

⁹⁷ PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo nº 9905128280. Primeira Turma. Relator: Juiz Castro Meira. Recife, 04 mai. 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 07 jul. 2000, p. 409

⁹⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº AG 2002.01.00.034677-1/DF. Quinta Turma. Decisão monocrática. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Brasília, 18 dez. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 22 jan. 2003, p.34

⁹⁹ _____. Processo nº AG 2002.01.00.031115-6/DF. Sexta Turma. Decisão monocrática. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 31 out. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 18.nov. 2002

¹⁰⁰ _____. Processo nº AG 2002.01.00.041270-5/PI. Quarta Turma. Decisão monocrática. Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz. Brasília, 04 dez. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 fev. 2003, p. 52

¹⁰¹ _____. Processo nº AG 2002.01.00.030392-0/DF. Sexta Turma. Decisão monocrática. Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. Brasília, 17 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 07 out. 2002, p. 188

¹⁰² _____. Processo nº AG 2002.01.00.030013-6/DF. Sexta Turma. Decisão monocrática. Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. Brasília, 04 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 23 set. 2002, p. 235

¹⁰³ _____. Processo nº MC 1999.01.00.100047-5/DF. Quinta Turma. Decisão monocrática. Relator: Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva. Brasília, 17 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 27 set. 2002, p. 101

¹⁰⁴ _____. Processo nº AMS 1999.34.00.034483-4 /DF. Quinta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 29 set. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 16 out. 2003, p. 47

2001.34.00.018039-0 ¹⁰⁶	Inexeqüibilidade de proposta	Sim
2001.39.01.000673-2 ¹⁰⁷	Comprovante de caução na via branca e não na azul	Sim
2002.34.00.004774-5 ¹⁰⁸	Assinatura de documentos de habilitação por apenas um diretor da empresa	Sim
2001.34.00.004198-0 ¹⁰⁹	Não cumprimento de exigência patrimônio líquido mínimo	Não
2002.01.00.009006-5 ¹¹⁰	Proposta de preço em desacordo com o edital	Não
2000.36.00.003448-1 ¹¹¹	Alvará de habilitação substituindo certidão de inscrição no CRA	Sim

TABELA 9 - Causas de inabilitação e desclassificação - STJ

Processo	Assunto	Decisão favorável
RESP 402826 / SP ¹¹²	Substituição de documentos pelo Certificado de Registro Cadastral – CRC	Não
RESP 402711 / SP ¹¹³	Qualificação econômico-financeira comprovada pela certidão de registro cadastral e certidões de falência e concordata	Sim

¹⁰⁵ _____. Processo nº AG 1998.01.00.027471-1/MG. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (conv.). Brasília, 23 out. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 13 nov. 2003, p. 66

¹⁰⁶ _____. Processo nº AMS 2001.34.00.018039-0/DF. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 25 ago. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 22 set. 2003, p. 95

¹⁰⁷ _____. Processo nº REO 2001.39.01.000673-2/PA. Quinta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 09 mai. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 jun. 2003, p. 170

¹⁰⁸ _____. Processo nº AMS 2002.34.00.004774-5/DF. Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Brasília, 25 abr. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 23 mai. 2003, p. 251

¹⁰⁹ _____. Processo nº AMS 2001.34.00.004198-0/DF. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 14 fev. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 mar. 2003, p. 135

¹¹⁰ _____. Processo nº AG 2002.01.00.009006-5/AM. Quinta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 29 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 14 out. 2002, p. 453

¹¹¹ _____. Processo nº REO 2000.36.00.003448-1/MT. Sexta Turma. Relator: Juiz Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 14 mai. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 19 abr. 2002, p. 211

¹¹² DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 402826 / SP. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 18 fev. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 24 mar. 2003, p. 201

ROMS 12497 / SE ¹¹⁴	Comprovante provisório de inscrição no CNPJ sem ato social constitutivo ou alterador	Não
RESP 316755 / RJ ¹¹⁵	Atestados de capacidade técnica não precisam vir com notas de empenho ou fiscal	Sim
MS 5693 / DF ¹¹⁶	Validade de balanço contendo apenas assinatura do contador	Sim
MS 6105 / DF ¹¹⁷	Invalidade de proposta de preços sem qualquer assinatura	Não
MS 5642 / DF ¹¹⁸	Empresa recém criada - Balanço e demonstrações financeiras	Sim
MS 5597 / DF ¹¹⁹	Empresa recém criada - Dispensa de balanço de abertura. Validade de balanço assinado apenas por contador	Sim
MS 5604 / DF ¹²⁰	Inscrição no cadastro fiscal de Município substituído pelo alvará de licença, com número do CNPJ	Sim
MS 5418 / DF ¹²¹	Seguro-garantia vigente apenas durante habilitação. Validade de proposta com valor apenas em algarismos	Sim
ROMS 15530 / RS ¹²²	Validade de planilhas de proposta sem assinatura, mas rubricadas	Sim

¹¹³ _____. Recurso Especial nº 402711 / SP. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 11 jun. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 19 ago. 2002, p. 145

¹¹⁴ _____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12497 / SE. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 19 fev. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 18 mar. 2002, p. 175

¹¹⁵ _____. Recurso Especial nº 316755 / RJ. Primeira Turma. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 07 jun. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 20 ago. 2001, p. 392

¹¹⁶ _____. Mandado de Segurança nº 5693 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Brasília, 10 abr. 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 22 mai. 2000, p. 62

¹¹⁷ _____. Mandado de Segurança nº 6105 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Milton Garcia Vieira. Brasília, 25 ago. 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, 18 out. 1999, p. 197

¹¹⁸ _____. Mandado de Segurança nº 5642 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 27 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 ago. 1998, p. 04

¹¹⁹ _____. Mandado de Segurança nº 5597 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 13 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 jun. 1998, p. 25

¹²⁰ _____. Mandado de Segurança nº 5604 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Hélio Mosimann. Brasília, 13 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 jun. 1998, p. 25

¹²¹ _____. Mandado de Segurança nº 5418 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 25 mar. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 jun. 1998, p. 24

MS 7256 / DF ¹²³	Desconformidade da proposta quanto ao limite de Não contraprestação máxima	
MS 5866 / DF ¹²⁴	Validade de proposta técnica com assinatura fora do local Sim determinado	
MS 5869 / DF ¹²⁵	Assinaturas e rubricas na proposta técnica fora do local Sim determinado	
RESP 402711 / SP ¹²⁶	Capacidade econômico-financeira - Certidões de registro Sim cadastral, falência e concordata substituem balanço patrimonial e demonstrações contábeis	
MS 6105 / DF ¹²⁷	Invalidade de proposta financeira sem qualquer assinatura	Não
ROMS 10404 / RS ¹²⁸	Atraso na entrega dos envelopes contendo propostas	Não
RESP 156334 / MG ¹²⁹	Proposta com falta de item licitado	Não
MS 5779 / DF ¹³⁰	Validade do balanço da empresa assinado somente por Sim contadores	
MS 5655 / DF ¹³¹	Registro cadastral nas fazendas estadual e municipal Sim somente para contribuinte das mesmas	

¹²² _____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15530 / RS. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 14 out. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 dez. 2003, p. 294

¹²³ _____. Mandado de Segurança nº 7256 / DF. Corte Especial. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 10 abr. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 ago. 2003, p. 183

¹²⁴ _____. Mandado de Segurança nº 5866 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 24 out. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 mar. 2003, p. 79

¹²⁵ _____. Mandado de Segurança nº 5869 / DF. Primeira Seção. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 11 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 07 out. 2002, p. 163

¹²⁶ _____. Recurso Especial nº 402711 / SP. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 11 jun. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 19 ago. 2002, p. 145

¹²⁷ _____. Mandado de Segurança nº 6105 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 25 ago. 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, 18 out. 1999, p. 197

¹²⁸ _____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10404 / RS. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 29 abr. 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 jul. 1999, p. 120

¹²⁹ _____. Recurso Especial nº 156334 / MG. Primeira Turma. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 mar. 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, 26 abr. 1999, p. 50

¹³⁰ _____. Mandado de Segurança nº 5779 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 09 set. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 26 out. 1998, p. 05

MS 5631 / DF ¹³²	Validade de balanço da empresa assinado pelo sócio- dirigente, autenticado por contador	Sim
MS 5600 / DF ¹³³	Validade de balanço assinado por dirigentes da empresa	Sim
ROMS 15530 / RS ¹³⁴	Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação, mas rubricadas	Sim

TABELA 10 - Causas de inabilitação e desclassificação - STF

Processo	Assunto	Decisão favorável
RMS 23640 / DF ¹³⁵	Falta de assinatura ou rubrica na proposta da empresa	Não
RMS 23714 / DF ¹³⁶	Ausência de preços unitários em determinados itens da proposta – Falha formal sanável	Sim

Os precedentes citados demonstram que existem determinadas premissas básicas para que as empresas participem, com segurança, dos processos licitatórios.

Tais premissas podem ser assim enumeradas:

¹³¹ _____ . Mandado de Segurança nº 5655 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 27 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 31 ago. 1998, p. 04

¹³² _____ . Mandado de Segurança nº 5631 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 13 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 17 ago. 1998, p. 07

¹³³ _____ . Mandado de Segurança nº 5600 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 13 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 29 jun. 1998, p. 07

¹³⁴ _____ . Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15530 / RS. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 14 out. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 dez. 2003, p. 294

¹³⁵ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23640 / DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 16 out. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 05 dez. 2003

¹³⁶ _____ . Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23714 / DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 set. 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 13 out. 2000

1ª) cumprir o edital à risca e nunca deixar para confrontá-lo apenas na fase da análise dos documentos de habilitação e das propostas (a irresignação tardia nem sempre garante resultados);

2ª) requerer esclarecimentos prévios sobre exigências capazes de gerar dúvidas de interpretação e sobre documentos que possam ser substituídos por outros (isso diminui os riscos de imprevistos no curso do processo);

3ª) manter os atos constitutivos e alterações da sociedade em cópias atualizadas, especialmente, quanto ao objeto e ao capital social (isso indica a afinidade da empresa com o objeto da licitação e o seu porte);

4ª) manter a regularidade fiscal, constantemente, em todas as esferas de atuação da empresa (municipal, estadual, federal), além da Seguridade Social e do FGTS, guardando sempre certidões recentes (existe a possibilidade de greve ou imprevisto na emissão de novas certidões em tempo hábil);

5ª) providenciar inscrições com antecedência e manter atualizados os registros cadastrais nos diversos órgãos públicos (não se deve deixar para fazer o registro nas vésperas ou no próprio dia da licitação);

6ª) a empresa nova deve começar a conquistar experiência mesmo no setor privado, e ali conseguir os primeiros atestados de capacidade técnica (dependendo da complexidade do objeto da licitação, não existe a primeira chance no setor público);

7ª) zelar pelos patamares ideais dos índices contábeis da empresa (grau de endividamento alto pode ser causa de inabilitação);

8ª) manter atualizados o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis, com assinatura do contador (sempre que possível, com diretores assinando junto, o que é comumente exigido);

9ª) na suspeita de que a proposta possa ser considerada inexeqüível ou muito acima da média de mercado, ter sempre documentos capazes de provar o contrário (inclusive, citando contratos vigentes em outros órgãos públicos);

10ª) não descuidar das assinaturas e rubricas, nos exatos locais e termos exigidos pelo edital, nos documentos de habilitação e propostas, bem como da regularidade dos representantes da empresa na licitação (o Poder Público precisa de valor probante para exigir tudo que foi prometido pela empresa);

11ª) não descuidar das eventuais garantias a serem recolhidas; e

12ª) providenciar a correta e tempestiva entrega de envelopes, devidamente identificados e com todos os documentos de habilitação e de propostas exigidos.

A habilidade da empresa no processo das licitações estará em antever problemas decorrentes dessas circunstâncias e procurar contorná-los da melhor forma possível.

2.2.5.3 Motivação da inabilitação ou da desclassificação de proposta

Nos casos onde a empresa sofre uma inabilitação ou desclassificação de sua proposta a primeira iniciativa é analisar a legalidade do ato.

Sem tratar do mérito de eventual exigência descumprida, a questão central aqui diz respeito ao procedimento do presidente da comissão de licitação ou do pregoeiro; saber se ele motivou o ato.

Mas, para essa análise seja feita de forma clara, é preciso partir do precioso ensinamento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Motivo (pressuposto objetivo)

25. Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato.

O motivo pode ser previsto em lei ou não. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. [...]

Motivo do ato e motivo legal

26. Cumpra distinguir motivo do ato de motivo legal. Enquanto este último é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, o motivo do ato é a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato. É evidente que o ato será viciado toda vez que o motivo de fato for descoincidente com o motivo legal.¹³⁷ (g.n.)

Com efeito, em se tratando de licitações, um mesmo artigo de lei ou item de edital pode ser usado como motivação para posições diversas: para habilitar ou para inabilitar uma licitante; para classificar ou desclassificar a sua proposta. Tudo vai depender das circunstâncias de fato.

Não se admite, nesse contexto, que o agente público inabilite empresa ou desclassifique sua proposta apenas indicando o dispositivo legal ou editalício que teria sido

¹³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p.280/281

descumprido. É preciso que o seu ato tenha um motivo de fato coincidente com um motivo de direito, previsto na norma abstrata.

Observe-se exemplos como o precedente abaixo, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

*EMENTA: REEXAME NECESSARIO. MANDADO DE SEGURANCA ADMINISTRATIVO. LICITACAO. FASE DE HABILITACAO. ATO ADMINISTRATIVO SEM MOTIVACAO. NULIDADE. Nulo é o ato administrativo, que julga inabilitada empresa para participar de processo de licitação, quando somente faz referência ao item do edital que dupostamente foi por ela desatendido, sem explicitar no que consistiu tal desatendimento, vez que tal situação equivale à ausência de motivação.*¹³⁸ (g.n.)

E a respeito da ausência de motivação, o Superior Tribunal de Justiça deixa claro o seguinte:

*“Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DECISÃO QUE DESCLASSIFICA A PROPOSTA VENCEDORA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. 1. É nula a decisão da Comissão de Licitação que, sem motivação, desclassifica a proposta que apresentara o menor preço, nulidade que se estende aos atos subseqüentes. 2. Segurança concedida, em parte. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida.”*¹³⁹ (g.n.)

Portanto, percebe-se que a empresa deve zelar pela observância das exigências do edital. Entretanto, se medida desfavorável lhe for imposta, é preciso saber o seu motivo concreto, até mesmo para possibilitar o exercício do direito de ampla defesa.

¹³⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 079054500. 5ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Eduardo Sarrão. Curitiba, 24 set. 2002. Diário da Justiça do Estado, Curitiba, 07 out. 2002

¹³⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº AMS 2000.33.01.002738-3 /BA. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 28 fev. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 24 mar. 2003, p. 156

2.2.5.4 Excesso de formalismo

Além da motivação do ato de inabilitação ou desclassificação da proposta, dependendo do caso, a empresa precisa defender-se no sentido de mostrar ao agente público a possibilidade de ser sanada a eventual falha em seus documentos ou propostas.

A jurisprudência tem alertado para o fato de que não se deve exagerar no rigor formal a ponto de se desvirtuar a licitação do seu verdadeiro objetivo, que é a seleção da proposta mais vantajosa para o ente público (artigo 3º da Lei nº 8.666/93).

Nesse sentido, é notório o precedente do Mandado de Segurança nº 5779, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, do qual se extrai o seguinte:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA. 1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo...”¹⁴⁰ (g.n.)

Deve-se ter em mente que o formalismo quanto ao cumprimento do edital não chegar ao ponto de esbarrar na lei, pois essa deve ser o fundamento de validade da própria norma editalícia. Se ela não estiver de acordo com a lei, ela não pode prevalecer.

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - TOMADA DE PREÇOS - INABILITAÇÃO DE LICITANTE - IRREGULARIDADES NA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA - INOCORRÊNCIA - FORMALIDADES CUMPRIDAS - VALIDADE DO PROCESSO LICITATORIO - SEGURANÇA CONCEDIDA - SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSARIO. Não justifica a inabilitação de empresa participante do processo licitatório a falta de juntada de todas as alterações do contrato social, quando a lei de licitações só exige a apresentação do contrato social em vigor (Lei 8.666/93, artigo 28, III). A certidão

¹⁴⁰ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5779. Primeira Seção. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 09 set. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 26 out. 1998, p. 05

*referente a todos os feitos cíveis inclui as ações de falência e concordata, de modo que a exigência de certidão específica revela excesso de formalismo.*¹⁴¹

Em matéria de atendimento às exigências editalícias, a empresa não pode ficar inerte diante de todos os atos que são praticados em seu desfavor. Cabe analisar, no caso concreto, se o problema que ocorreu comporta eventual solução.

2.2.6 Sessões de abertura e julgamento

2.2.6.1 Momentos anteriores

Antes do estudo, propriamente dito, das sessões das licitações, algumas considerações são importantes, sobre momentos que as antecedem e o comportamento dos representantes das empresas, sob os quais pesa grande responsabilidade.

Trata-se de identificar os motivos pelos quais tantas empresas perdem chances ou expectativas de direitos por desleixo ou por imprevidência de seus representantes. E aqui os exemplos mais comuns são os atrasos no comparecimento e os erros quanto aos locais onde são realizados os certames.

A jurisprudência pátria, nesses casos, pode oscilar radicalmente, de um extremo ao outro, como se pode exemplificar com três precedentes muito interessantes, sendo o primeiro do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o segundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e o terceiro do Superior Tribunal de Justiça:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MUDANÇA DE LOCAL DE ENTREGA DOS INVÓLUCROS PREVISTO NO EDITAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ATRASO DE QUATRO MINUTOS NA ENTREGA DA DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À HABILITAÇÃO. EXCESSO DE

¹⁴¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 142387400. 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Troiano Netto. Curitiba, 07 out. 2003. Diário da Justiça do Estado, Curitiba, 27 out. 2003

*FORMALISMO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS LICITANTES. 1. A Administração, em tema de licitação, está vinculada às normas e condições estabelecidas no Edital (Lei n. 8.666/93, art. 41), e, especialmente, ao princípio da legalidade estrita. Dessa maneira, não poderia a Administração alterar o local de entrega dos invólucros, previsto no edital sem prévia comunicação, vez que sua atuação está vinculada ao quanto disposto no ato convocatório. 2. Pequeno atraso (quatro minutos) na entrega da documentação relativa à habilitação do licitante não constitui justo motivo para sua exclusão do certame licitatório, vez que não desprezeta o princípio da igualdade entre os licitantes, nem mesmo causa atraso no andamento do processo licitatório. Acrescente-se que na aplicação do princípio da igualdade na licitação, deve-se levar em conta que o objetivo é a participação do maior número de concorrentes, e não de limitação dos participantes, prejudicando o interesse público de aferir a proposta mais vantajosa. 3. Recurso e remessa oficial improvidos”.*¹⁴² (g.n.)

*“Ementa PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. LICITAÇÃO. MUDANÇA DE LOCAL PARA RECEBIMENTO DOS ENVELOPES CONTENDO AS PROPOSTAS E OS RESPECTIVOS DOCUMENTOS. COMUNICAÇÃO PRÉVIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. INOCORRÊNCIA. I - A simples mudança da sala inicialmente destinada à realização do ato de recebimento dos envelopes contendo as propostas e os respectivos documentos dos licitantes, realizada à undécima hora, por si só, não tem o condão de macular de nulidade o procedimento licitatório, quando é certo que a comissão de licitação determinou a um servidor orientar os interessados sobre o novo endereço, tendo tal pessoa permanecido naquela sala indicando a todos que para lá acorreram o local onde o ato seria realizado. II – Recurso Improvido. Unânime.”*¹⁴³ (g.n.)

“Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA DOS ENVELOPES CONTENDO PROPOSTAS. ALEGADA INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SUPOSTO RIGORISMO E FORMALISMO. IMPROVIMENTO DO RECURSO FACE À INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - A inobservância do princípio da razoabilidade não restou demonstrada. Existe, na licitação, predominância dos princípios da legalidade e igualdade (CF, art. 5º, caput, inc. II).

¹⁴² DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.089295-8 /DF. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (conv.). Brasília, 24 abr. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 29 mai. 2003, p. 97

¹⁴³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20000110275082APC DF. 1ª Turma Cível. Relator: José Divino de Oliveira. Brasília, 25 ago. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 dez. 2003, Seção 3, p. 20

*2 - Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente. 3 - Recurso ordinário improvido.*¹⁴⁴ (g.n.)

É interessante observar que, no primeiro caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu pela ilegalidade da mudança do local de entrega dos envelopes, e, ao mesmo tempo, julgou que os 4 (quatro) minutos de atraso, decorrentes dessa mudança provocada pela própria Administração, não justificariam a inabilitação do licitante. Enquanto isso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no segundo caso, entendeu que a alteração de sala não seria ilegal, sequer ferindo o princípio da publicidade. E, de outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, no terceiro caso, e pelo que consta do relatório e do voto do Ministro Relator, entendeu que 4 (quatro) minutos de atraso, ocorrido por culpa do próprio licitante, “no trânsito”, justificariam a sua exclusão do certame, em face do princípio da razoabilidade.

Tem-se, portanto, entendimentos não harmônicos, que implicam em reconhecer que a melhor política a ser adotada pela empresa é ter o máximo de cuidado nesses momentos que antecedem ou no início das sessões de abertura de envelopes dos documentos de habilitação e das propostas.

2.2.6.2 Sessão propriamente dita

Um primeiro cuidado das empresas, especialmente das que possuem sede em outras cidades, diferentes daquela onde ocorre a licitação, é a quem confiar a sua representação.

¹⁴⁴ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10404 / RS. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 29 abr. 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 jul. 1999, p. 120

Pode ocorrer que determinado representante, contratado à distância, por exemplo, compareça à mesma sessão atuando também em nome de outra empresa concorrente, e isso pode causar conflitos de interesses opostos, das duas representadas.

Esse assunto foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 4599/RJ¹⁴⁵, do qual são oportunas as considerações do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator:

“ ...A situação, sem dúvida é insólita: não é fácil imaginar que um procurador represente, a um só tempo, diversos adversários, sem trair algum deles. Vale dizer: sem cometer o crime tipificado no Art. 355 do Código Penal.

No entanto, a questão que nos chega, neste recurso é mais estreita. Cuidase de permitir que a multiprocuradora possa ter, provisoriamente, admitidas na licitação, as propostas formuladas através dela

[...]a admissão provisória de sua atuação poderia – na hipótese de a Impetrante sair vitoriosa na ação principal – acarretar a desclassificação das empresas representadas...”

Vale frisar que, no caso concreto, a questão era de uma só procuradora representando 4 (quatro) empresas diferentes.

Embora o precedente jurisprudencial não seja tão recente e embora as Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/2002, até hoje, não contenham qualquer vedação expressa, o fato é que muitos editais já estão trazendo proibição quanto à representação de mais de uma licitante pela mesma pessoa, circunstância a ser observada pelas participantes, sob pena de inabilitação.

Ainda quanto aos representantes, uma questão a ser ressaltada é que, independentemente de onde seja realizada a licitação, uma das funções primordiais dele

¹⁴⁵ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 07 nov. 1994. Diário de Justiça da União, Brasília, 12 dez. 1994

será verificar a regularidade da documentação e da proposta das empresas concorrentes. Somente assim pode-se garantir que a disputa seja honesta e equilibrada.

O comportamento dos representantes das empresas também pode depender muito do tipo de certame e de quem o está realizando.

Considerando, por exemplo, que uma licitação seja regida pela Lei nº 8.666/93, primeiro se procederá a abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação (artigo 43).

De outro lado, se a licitação estiver sendo realizada pela modalidade do pregão, regida pela Lei nº 10.520/2000, o *modus procedendi* será diverso, sendo primeiro abertas as propostas de preços, com possibilidade de disputa em lances verbais e sucessivos (artigo 4º, incisos VII, VIII, e IX).

De outro lado, observe-se a diferença entre a previsão feita na Lei nº 8.666/93 de uma série de recursos, com prazo de 5 (cinco) dias para interposição (art. 109, inciso I, alíneas “a” a “f”), que podem ser intentados de acordo a hipótese do ato e do momento, enquanto que a Lei nº 10.520/2000, estabelece apenas um recurso no pregão, cuja intenção deverá ser manifestada imediata na própria sessão, concedendo-se prazo de 3 (três) dias para a juntada de razões (artigo 4º, inciso XVIII). Portanto, diante desse último caso, percebe-se, nitidamente, a importância de que um representante bem preparado esteja presente e realmente se manifeste durante a sessão, sob pena de decadência (artigo 4º, inciso XX, da Lei nº 10.520/2002).

Além disso, não se pode deixar de lembrar que, dependendo também de onde seja realizada a licitação, pequenas mudanças podem ocorrer nos procedimentos durante as sessões das licitações. Isso acontece exatamente nos casos das sociedades de economia

mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios que, por força do permissivo do artigo 119 da Lei nº 8.666/93, podem editar seus próprios regulamentos.

Em todas as hipótese licitatórias, entretanto, os representantes das empresas devem fazer o máximo para que eventuais incidentes sejam registrados em atas ou documentados, pois somente assim se pode produzir a prova necessária para eventual recurso administrativo ou ação judicial sobre fatos contrários ao direito da empresa.

Merece ressalva o caso do pregão eletrônico, onde a situação fica mais complicada, porque cada página visitada no ambiente da internet é, teoricamente, “modificável”, e, por isso, deve ser impressa imediatamente pelo licitante após o encerramento da sessão no sistema, com o caminho ou endereço da internet, a data e a hora. Esse pode ser o caso diante de uma ata “virtual” da sessão de julgamento que tenha seu texto “modificado” em momento posterior. De todo modo, se a ata da sessão for modificada, posteriormente, mesmo que seja para “correções”, a publicidade e o direito de ampla defesa são obrigatórios.

2.2.7 Diligências

2.2.7.1 Faculdade do agente e direito do licitante

Existem situações em que a empresa se depara com falhas formais em seus próprios documentos ou sua proposta apenas na sessão da licitação. Mas, eventualmente, essas falhas podem ser sanadas.

Nesse caso, cabe a pronta ação do seu representante no sentido de requerer a realização das diligências. Isso porque, na lição do professor Ivo Ferreira de Oliveira, “a

finalidade da diligência é eliminar dúvidas, possibilitando um julgamento correto, baseado em fatos e dados reais”.¹⁴⁶

A previsão geral da realização de diligências, encontra-se nos seguintes termos do § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93:

“É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.” (g.n.)

Aqui essa “faculdade”, na verdade, deve ser vista como um “dever”, a depender do caso concreto, pois não há liberdade para que o Administrador continue o curso de um procedimento licitatório diante de eventual dúvida em relação a documento ou proposta de licitante. Isso é o que se depreende da clássica lição do professor Hely Lopes Meirelles, no sentido de que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. [...] A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.¹⁴⁷ Sob essa ótica, a diligência passa a ser um direito do licitante, se a falha for sanável sem prejuízo ao órgão público e aos outros licitantes¹⁴⁸.

É interessante anotar, por outro lado, que a própria legislação já impõe os limites quanto à matéria, em relação aos quais os licitantes também devem observância. Pode-se citar, por exemplo, o caso do pregão, onde a possibilidade de eventual regularização de documentos somente pode ocorrer durante o curso da sessão (artigo 11, inciso XIII, do Decreto nº 3.555/2000).

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. *Diligências nas licitações públicas*. Curitiba: JM Editora, 2001, p. 153

¹⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86

¹⁴⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 009.546/92-8. Decisão nº 570/92. Relator: Ministro-Substituto Bento José Bulgarin. Brasília, 09 dez. 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 29 dez. 1992, p. 18341

Ainda assim, podem acontecer situações inusitadas, como, por exemplo, a que foi enfrentada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde o licitante portava atestado de capacidade técnica válido mas, no momento da sessão, houve erro da própria comissão de licitação em realizar a consulta no SICAF:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA COMPROVADA. INABILITAÇÃO INDEVIDA. SEGURANÇA DEFERIDA. 1. Comprovada a qualificação técnica do impetrante para o objeto da licitação junto ao SICAF e verificando o erro da Comissão quando da Consulta "on line", impõe-se sua habilitação no certame. 2. Remessa não provida.”¹⁴⁹ (g.n.)

Não se trata, portanto, de abrir chances para que documentos novos sejam juntados fora do prazo preestabelecido, mas apenas para verificações, e eventuais atualizações e regularizações, como se permite expressamente para o caso do pregão.

O certo é que existe um pressuposto básico e claro, no § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, qual seja, a vedação de juntada de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta. Aliás, essa é uma regra proclamada em muitas oportunidades pelo Tribunal de Contas da União¹⁵⁰ e pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵¹, entre tantos outros tribunais.

¹⁴⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. REO 1999.01.00.040407-0 /TO. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz (conv.). Brasília, 17 out. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 21 nov. 2002, p. 83

¹⁵⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 635. Processo nº TC-018.901/95-6. Plenário. Relator: Ministro Paulo Afonso Martins de Oliveira. Diário Oficial da União, Brasília, 23 out. 1996

¹⁵¹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. MS 6357/DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Brasília, 29 nov. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 08 abr. 2002, p. 119

Não é lícito, portanto, à licitante despreparada, especialmente antes e durante a realização das sessões licitatórias, pretender simplesmente transferir à Administração a culpa por atos de sua única e exclusiva responsabilidade.

2.2.8 Recursos Administrativos

2.2.8.1 Fundamentos e hipóteses

A ampla defesa é direito básico dos licitantes, como partes em um processo administrativo. Isso em razão da amplitude do inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que assegura ainda que essa defesa será exercida “com os meios e recursos a ela inerentes”.

Esse é o “fundamento de validade” das normas jurídicas, da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002, e de tantos regulamentos específicos de licitações, no que diz respeito aos recursos. A empresa precisa ter a oportunidade de argumentar em seu favor, mas isso somente será possível, conforme dito, nas hipóteses legais.

Assim é que a Lei nº 8.666/93 estabelece quais são os recursos permitidos aos licitantes e qual o rito processual a ser observado, para os casos de concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;*
- b) julgamento das propostas;*
- c) anulação ou revogação da licitação;*
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;*
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;*
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;*

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4o do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis."

De outro lado, a Lei nº 10.520/2002, estabelece recurso genérico, além do tempo e da forma para a sua utilização, no caso da modalidade licitatória do pregão:

"Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

[...]”.

Da redação clara desses dispositivos legais percebe-se que o mais relevante aqui é o modo de proceder do interessado, dentro do rito preestabelecido.

2.2.8.2 Direito de acesso aos autos

A prática e a jurisprudência indicam muitas situações delicadas sobre a matéria dos recursos, como aquelas em que comissões de licitação ou pregoeiros “seguram” os recursos interpostos pelas partes interessadas e acabam, eles mesmos, tomando as decisões sem a ciência da autoridade superior, em grave afronta aos princípios básicos da legalidade e do devido processo legal, garantias insculpidas no artigo 37, *caput*, e 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e nos artigos 3º, *caput*, e 4º, *caput* e parágrafo único, além do artigo 6º do Decreto nº 3.555/2000. .

Nesse contexto, vale destacar dois casos que foram decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, de onde se ressalta a informação de que, no primeiro, a Administração não estava franqueando os autos ao licitante interessado em recorrer, e, no segundo, não franqueava os autos ao recorrido:

“Ementa Mandado de Segurança. Administrativo. Exploração do Serviço de Radiodifusão Sonora. Concorrência Pública. Habilitação Desconstituída. Recurso Administrativo Hierárquico. Prazo. Afirmção de Intempestividade. Conhecimento Negado. Lei 8.666/93 (arts. 109, I, 110 e § 5º). Lei 9.648/98. Edital 021/SFO/MC. 1. Nenhum prazo de recurso administrativo inicia-se ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado (art. 109, § 5º, Lei 8.666/93). Se a Administração, por deliberação interna corporis obstaculiza o conhecimento direto do processo, dificultada a ampla defesa, consubstanciado motivo extraordinário, assegura-se a contagem do prazo a partir da franquia. Sem prejuízo

da regra geral excluindo o dia do início e incluindo-se o do vencimento (art. 110, Lei ref.). [...]3. Segurança concedida.”¹⁵² (g.n.)

Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO E IMAGENS. HABILITAÇÃO. RECURSOS TEMPESTIVOS. REPRESENTAÇÕES APRESENTADAS SEM VISTA DA PARTE CONTRÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. Na interposição de recurso administrativo a Comissão de Licitação deve franquear à parte recorrida vista do processo. Inteligência do art. 109, § 5º, da Lei 8.666/93. Mandado de Segurança parcialmente concedido para declarar nulos os atos posteriores à interposição das Representações”.¹⁵³ (g.n.)

A reflexão indispensável que se faz a partir desses precedentes é no sentido de que, em contraposição à aparente inércia da Administração, que pode significar prosseguimento do processo licitatório sem a devida publicidade e livre acesso aos autos, estão os direitos do recorrente e do recorrido, que estão em igualdade de condições e interesses, apenas em lados contrários, mas até mesmo com prazos iguais para oferecimento de razões e contra-razões.

2.2.8.3 Pressupostos

O professor Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à lei de licitações e contratos administrativos”, trata com detalhes dos pressupostos dos recursos administrativos em matéria de licitações, classificando-os em subjetivos, que dizem respeito à pessoa do recorrente, e objetivos, que dizem respeito aos dados do procedimento licitatório.

¹⁵² DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. MS 6048 /DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Brasília, 10 abr. 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 05 jun. 2000, p. 101

¹⁵³ MS 7106 /DF. Primeira Seção. Ministro Francisco Falcão. Brasília, 27 jun. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 17 set. 2001, p. 101

Na categoria de pressupostos subjetivos, professor Marçal indica a legitimidade e o interesse processual. Já na categoria de pressupostos objetivos, estão a existência de um ato decisório, a tempestividade, a forma escrita, a fundamentação e o pedido de nova decisão.

154

Atendendo a esses pressupostos, o licitante terá praticamente todas as chances, ao menos processuais (aqui não se entra no mérito do pedido), de buscar corretamente o seu direito na via administrativa.

2.2.8.4 Revogação e anulação

2.2.8.5 Ampla defesa e contraditório

A Lei nº 8.666/93 estabelece condições para a revogação e anulação dos certames licitatórios, nos seguintes termos:

“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 fundamentad.

[...]

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

O texto legal não deixa dúvida de que, mesmo na revogação, há um ato vinculado, e não discricionário, em razão da palavra “somente”. Já a anulação é uma obrigação intangível.

Nos dois casos, entretanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa devem estar presentes.

¹⁵⁴ . JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 648

Não é raro que agentes públicos desprovidos de apego à impessoalidade, decidam revogar determinada licitação perfeita apenas para não contratar determinada empresa vencedora. Tanto é assim que a jurisprudência registra casos desse e faz a devida reparação do direito tolhido dos licitantes:

“DIREITO ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - ANULAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO - IMPOSSIBILIDADE. A anulação ou revogação de processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob pena de ferimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Recursos providos”. (g.n.)

Portanto, o licitante deve estar atento a situações como essa para fazer valer os seus direitos.

2.2.9 Representações junto aos tribunais de contas

2.2.9.1 Fundamentação

A maioria das empresas que sofrem com algum ato ilegal praticado em procedimento licitatório escolhe a via do mandado de segurança ou ações judiciais cautelares e principais, de rito ordinário, para pleitear os seus direitos.

Entretanto, também é preciso atentar para o fato de que existe uma outra alternativa, na esfera administrativa, a ser utilizada em qualquer fase do procedimento licitatório, desde o seu início. Trata-se, da representação prevista no artigo 113 da Lei nº 8.666/93:

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)”. (g.n.)

É interessante observar que a lei menciona de forma expressa a possibilidade de enfrentamento, especialmente prévio, do edital de licitação. E, como se trata de lei de âmbito nacional, a sua aplicação é obrigatória junto aos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, dependendo do caso.

2.2.9.2 Medidas cautelares

Na prática, quando se trata do uso da representação pelos licitantes, percebe-se que o grande interesse é saber se o tribunal de contas pode conceder medida cautelar para sustar atos do processo licitatório. A resposta é positiva, sendo até mesmo bastante comum que isso ocorra. Pode-se exemplificar com a Decisão nº 962/2000, do Plenário do Tribunal de Contas da União, da qual se extrai o seguinte:

“[...]O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1 - conhecer da Representação formulada pela empresa [...], com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/93; 8.2 - determinar, cautelarmente, ao [...] que, independentemente do transcurso do prazo estabelecido pela 22ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em medida liminar, não dê prosseguimento à Concorrência nº [...], promovida com o objetivo de selecionar empresas especializadas para a prestação de serviços técnicos visando à melhor gestão do patrimônio imobiliário da União e à alienação de parte dos imóveis de propriedade da União situados nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, até que este Tribunal delibere, definitivamente, sobre a matéria; [...].”¹⁵⁵ (g.n.)

¹⁵⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 003.276/2000-3. Decisão nº 962/2000. Plenário. Relator: Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo. Brasília, 08 nov. 2000. Diário Oficial da União, Brasília, 24 nov. 2000

Com efeito, não é sem razão que o artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal estabelece a competência do Tribunal de Contas da União para “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. No mesmo sentido é a redação do artigo 45, *caput*, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

Aliás, esse tema também foi apreciado no julgamento do Mandado de Segurança nº 24510, do Supremo Tribunal Federal, impetrado, exatamente, em face de uma cautelar concedida pelo Tribunal de Contas da União para sustar determinada licitação.

As informações prestadas pelo Tribunal de Contas foram no sentido de que ele “tem poder geral de cautela e é competente para fiscalizar e julgar temas inerentes a licitações e contratos”. Após recebidas essas informações, a Excelentíssima Senhora Ministra Ellen Gracie, então Relatora, indeferiu o pedido de liminar, por esse e outros motivos¹⁵⁶.

No mérito, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, denegar a segurança, por entender que o Tribunal de Contas da União, efetivamente, teria competência para conceder medida cautelar sustentando a licitação¹⁵⁷.

Ressalte-se que a Excelentíssima Ministra Relatora argumentou, durante o julgamento, que “cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados, o que se concilia com a sua competência de assinar prazo para que o órgão ou a entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade”, e, ainda,

¹⁵⁶ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.510-7/DF. Despacho da Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 07 mai. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 13 mai. 2003, p. 77

¹⁵⁷ _____ . Mandado de Segurança nº 24.510-7/DF. Acórdão. Plenário. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 19 nov. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 27 nov. 2003, Seção 1, p. 58

que “se a Corte de Contas tem legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da administração adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade das suas decisões”¹⁵⁸.

2.2.9.3 Independência das instâncias

Dos exemplos destacados no item anterior descortina-se o princípio da independência das instâncias, que agora merece maiores comentários.

É preciso perceber que qual nada impede que um mesmo fato seja questionado, simultaneamente, no Poder Judiciário e no Tribunal de Contas competente.

Nesse sentido, o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Marcos Vilaça, no Acórdão nº 109/1998, proferido nos autos da Representação nº 003.006/1997-2, do Tribunal de Contas da União, também é bastante esclarecedor:

“[...] g) quanto à preliminar suscitada pelo Sr. [...], com relação à existência, concomitante, de ação no âmbito do Poder Judiciário envolvendo a matéria objeto de questionamento nestes autos, não vejo impedimento de o Tribunal examinar a questão. 5. A atribuição conferida aos Tribunais de Contas competentes, no caso de recursos Federais o Tribunal de Contas da União, para examinar a existência de irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93, está claramente definida no artigo 113, da referida Lei, tornando-se inequívoca a atuação desta Corte na lide. Na hipótese de ser verificada alguma irregularidade, o Tribunal deverá adotar o procedimento descrito no artigo 71, IX, da CF, e outros, dentro de sua jurisdição, que entender convenientes para responsabilização dos agentes envolvidos. 6.

¹⁵⁸ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.510-7/DF. Plenário. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 19 nov. 2003. Notícias do Tribunal na Internet. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/Tcdfdocs/Ord/Relatorio/2003/08/97005.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2003.

Ademais, o Tribunal tem, reiteradamente, reafirmado o princípio da independência das instâncias administrativa, civil e penal para efeito de condutas antijurídicas perpetradas por agentes públicos. [...]”¹⁵⁹

Importante registrar que nesse mesmo voto consta a notícia da suspensão de liminar judicial de 1ª instância pelo Tribunal de Justiça do Estado. Entretanto, ainda assim, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 45 da Lei nº 8.443/92 e o artigo 195 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, foi determinado em decisão de mérito desse Tribunal, à entidade pública, que promovesse a anulação de tomada de contas questionada e, por consequência, até mesmo a do contrato que já havia sido firmado com outra empresa, admitindo-se sua vigência, em caráter excepcional, pelo tempo necessário à realização de novo certame licitatório.

2.2.9.4 Situações mais frequentes

No estudo do processo das licitações, percebe-se que a representação ainda é um instrumento pouco utilizado.

Em pesquisa realizada com 300 (trezentas) decisões e acórdãos do Tribunal de Contas da União, apenas 30 (trinta) foram as representações iniciadas por licitantes, representações essas com fundamento central no artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e, algumas poucas, também invocando o artigo 41, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

No Tribunal de Contas do Distrito Federal, diante do mesmo permissivo básico do artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, os resultados também foram poucos, em uma

¹⁵⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 003.006/1997-2. Acórdão nº 109/1998. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vilaça. Brasília, 05 ago. 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 20 ago. 1998

proporção de 7 (sete) representações iniciadas por licitantes, em 100 (cem) decisões pesquisadas, das quais praticamente metade eram análises de editais iniciadas pelo próprio Tribunal, em razão do seu poder de fiscalização previsto no artigo 41, inciso I, alínea “b”, da sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 01/94, do Distrito Federal).

Não obstante, das decisões encontradas nesses dois tribunais, foi possível fazer a seleção e o mapeamento de algumas das matérias mais questionadas via representação, encontrando-se os resultados abaixo.

TABELA 11- Situações freqüentes nas representações - TCU

Processo	Assunto	Decisão favorável
928.677/1998-2 ¹⁶⁰	Alteração do objeto da licitação sem a devida divulgação, apenas com envio de mensagem informativa via fax	Parcial
001.646/96-6 ¹⁶¹	Desclassificação indevida da proposta e falta de ciência do resultado do julgamento	Sim
009.468/1997-8 ¹⁶²	Exigência de capital mínimo e patrimônio líquido acima do limite legal	Sim
925.619/1998-1 ¹⁶³	Revogação de licitação e posterior realização de novo certame com dispensa de licitação sem situação de emergência	Sim
550.107/1997-5 ¹⁶⁴	Inexistência de projeto básico. Inexeqüibilidade de proposta de concorrente	Sim

¹⁶⁰ _____. Processo nº 928.677/1998-2. Acórdão nº 1/2003. Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 22 jan. 2003. Diário Oficial da União, Brasília, 05 fev. 2003

¹⁶¹ _____. Processo nº 001.646/96-6. Acórdão nº 7/1998. Plenário. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Brasília, 04 fev. 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 16 fev. 1998, p. 88

¹⁶² _____. Processo nº 009.468/1997-8. Acórdão nº 18/2000. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 16 fev. 2000. Diário Oficial da União, Brasília, 29 fev. 2000

¹⁶³ _____. Processo nº 925.619/1998-1. Acórdão nº 20/2000. Plenário. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Brasília, 16 fev. 2000. Diário Oficial da União, Brasília, 29 fev. 2000

012.485/2002-9 ¹⁶⁵	Restrição à participação de cooperativas e consórcios na Sim licitação	Sim
007.358/2002-5 ¹⁶⁶	Excesso de exigência para comprovação de capacidade técnico-operacional	Sim
009.743/2001-5 ¹⁶⁷	Exigência de índices econômico-financeiros sem a devida fundamentação	Sim
013.637/1997-5 ¹⁶⁸	Habilitação de concorrente em situação econômico-financeira comprometedora	Sim
550.107/1997-5 ¹⁶⁹	Ausência de projeto-básico anterior aos projetos executivos	Sim

TABELA 12 – Situações freqüentes nas representações - TCDF

Processo	Assunto	Decisão favorável
2776/1999 ¹⁷⁰	Exigência de quantitativos nos atestados	Não
3011/1999 ¹⁷¹	Inabilitação indevida, por fato superveniente	Não
1943/2000 ¹⁷²	Exigência simultânea de comprovação de patrimônio líquido mínimo e garantias	Parcial

¹⁶⁴ _____. Processo nº 550.107/1997-5. Acórdão nº 21/2000. Plenário. Relator: Ministro Lincoln M. da Rocha. Brasília, 16 fev. 2000. Diário Oficial da União, Brasília, 29 fev. 2000

¹⁶⁵ _____. Processo nº 012.485/2002-9. Acórdão nº 22/2003. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 22 jan. 2003. Diário Oficial da União, Brasília, 05 fev. 2003

¹⁶⁶ _____. Processo nº 007.358/2002-5. Acórdão nº 32/2003. Primeira Câmara. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Brasília, 28 jan. 2003. Diário Oficial da União, Brasília, 06 fev. 2003

¹⁶⁷ _____. Processo nº 009.743/2001-5. Acórdão nº 112/2002. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 03 abr. 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 16 abr. 2002

¹⁶⁸ _____. Processo nº 013.637/1997-5. Acórdão nº 121/1999. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 21 jul. 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 30 jul. 1999

¹⁶⁹ _____. Processo nº 550.107/1997-5. Acórdão nº 152/2001. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 27 jun. 2001. Diário Oficial da União, Brasília, 12 jul. 2001

¹⁷⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Processo nº 2776/1999. Auditor-Relator: José Humberto de Paiva Martins. Brasília, 27 set. 2001. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, 05 out. 2001, p. 12/23

¹⁷¹ _____. Processo nº 3011/1999. Relator: Conselheiro Jorge Caetano. Brasília, 26 jul. 2001. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, 03 ago. 2001, p. 15/21

O que se constata aqui é que, em geral, as mesmas matérias levadas à apreciação do Judiciário também são enfrentadas pelos tribunais de contas, razão pela qual a empresa pode, facilmente, entrar com as duas medidas ao mesmo tempo. Até o corpo do texto e a fundamentação de mérito das petições iniciais podem ser iguais, apenas com as devidas adaptações, especialmente, quanto à fundamentação específica e ao rito processual aplicável em cada caso.

2.2.9.5 Pedidos

Existe um cuidado fundamental que se deve ter ao fazer uso da representação, que é quanto aos pedidos.

Não é adequado pedir que o tribunal de contas, em sua decisão, anule determinado procedimento licitatório e ao mesmo tempo ordene a adjudicação do objeto da licitação e a contratação em favor da empresa representante.

É bom lembrar que, em regra, da mesma forma que o Judiciário apenas retira do mundo jurídico o ato ilegal impugnado, o Tribunal de Contas não pode se sobrepor ao administrador e acabar praticando, em seu lugar, um novo ato administrativo, ainda mais

¹⁷² _____ . Processo nº 1943/2000. Relator: Conselheiro José Eduardo Barbosa. Brasília, 29 ago. 2000. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, 14 set. 2001, p. 14/20, republicada em 17 set. 2001

¹⁷³ _____ . Processo nº 091/2002. Relator: Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Brasília, 12 ago. 2003. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, 27 ago. 2003, p. 23/47

quando sempre existe a possibilidade de revogação posterior da licitação pela própria Administração, inclusive, por razões de conveniência e oportunidade.¹⁷⁴

¹⁷⁴ _____ . Processo nº 091/2002. Relator: Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Brasília, 12 ago. 2003. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, 27 ago. 2003, p. 23/47

2.3 ESFERA JUDICIAL

2.3.1 Mandado de segurança

2.3.1.1 Considerações iniciais

O artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, estabelece:

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

O direito líquido e certo, mencionado no texto constitucional, é aquele possui todos os requisitos para ser reconhecido e exercido imediatamente. E, para a proteção desse direito, o rito do mandado de segurança, estabelecido nas Leis nº 1.533/51 e 4.348/64, inquestionavelmente, é o mais rápido e eficaz.

Por essas razões, em cerca de noventa por cento (90%) dos casos relacionados à licitação, essa é a ação escolhida pelas empresas para a defesa dos seus direitos.

Ocorre que nem sempre se pode fazer uso desse tipo de ação, pelos próprios limites impostos na legislação de regência, além do que, em muitas vezes, o seu uso inadequado, sob aspecto formal, acaba mesmo prejudicando o direito pleiteado. O que se busca identificar aqui são as causas de maior insucesso com o mandado de segurança, em temas relacionados às licitações.

2.3.1.2 Interesse processual

O interesse processual, como condição da ação, elencada nos artigos 3º e 267, inciso, IV, do Código de Processo Civil, consiste na utilidade e na necessidade da tutela

jurisdicional em relação a um determinado caso concreto, a uma determinada lide materializada no mundo fático.

Partindo dessa premissa, verifica-se que muitos dos mandados de segurança impetrados em face de atos praticados em processos licitatórios esbarram exatamente na falta desse interesse.

Existem, então, algumas situações peculiares.

A primeira delas diz respeito à empresa que ainda está fora do processo licitatório e pretende impugnar um edital que não lhe aproveita, especialmente, por causa do seu objeto social, que indica a impossibilidade do atendimento das exigências. Com efeito, se não há interesse econômico ou moral a defender, não seria admissível o uso do mandado de segurança, especialmente, como um verdadeiro substituto da ação popular, o que é vedado pela Súmula nº 101 do Supremo Tribunal Federal. Em suma, a empresa não pode brigar em face de eventuais ilegalidades que, comprovadamente, não lhe afetam. É o que se depreende do julgamento do processo nº 143096200, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁷⁵.

A segunda situação relevante diz respeito à empresa que, mesmo sendo da área relacionada ao objeto da licitação, não participa formalmente do certame, mas, posteriormente, tenta questioná-lo na Justiça. Essa atitude é rejeitada, especialmente, porque em virtude da publicidade obrigatória todos os eventuais interessados tiveram a mesma oportunidade de se fazer presentes no certame. Se o início do procedimento licitatório transcorreu normalmente, sem a irresignação daquela empresa, as fases seguintes do certame somente aproveitam às concorrentes que lá estiverem inseridas. No caso de

¹⁷⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 143096200. 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Péricles Bellusci de Batista Pereira. Curitiba, 21 out. 2003

ilegalidade efetiva, o correto seria manejar o mandado de segurança, antecipadamente, ainda que em substituição à impugnação administrativa prévia do edital, pois assim a empresa entraria na licitação sob o amparo de decisão judicial. Esse é o ensinamento da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁷⁶ e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁷⁷.

Uma terceira situação ocorre quando, em decorrência de fatos supervenientes, falece o objeto a ser tutelado judicialmente. Pode citar os casos em que na data de impetração do mandado de segurança já havia sido realizada pré-qualificação, ou já havia sido adjudicado o objeto licitado e/ou assinado o contrato decorrente daquela licitação. São vários os precedentes nesse sentido, entre eles, do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁸, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁷⁹, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹⁸⁰.

¹⁷⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AMS 1997.01.00.006672-7. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 09 abr. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 ago. 2003, p. 123

¹⁷⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível n. 53.483-5. 8ª Câmara de Direito Público. Relatora: Desembargadora Teresa Ramos Marques. São Paulo, 10 mar. 1999

¹⁷⁸ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14938 /PR. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 jun. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 30 jun. 2003, p. 132

¹⁷⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 94.01.23157-5 /DF. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Leão Aparecido Alves. Brasília, 14 set. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 22 jan. 2002, p. 36

_____. Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.38.00.002782-0 /MG. Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva. Brasília, 05 mai. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 jul. 2003, p. 96

_____. Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.34.00.009042-4 /DF. Quinta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 29 set. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 16 out. 2003, p. 67

¹⁸⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 20020020039856AGI DF. Relator: Desembargador Estevam Maia. Brasília, 30 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 06 nov. 2002, Seção 3, p. 78

Uma quarta situação processual ocorre quando a empresa, mesmo tendo entrado na licitação por força de liminar concedida em mandado de segurança, posteriormente, não consegue vencer a disputa, por não ter oferecido a melhor proposta, o que retira totalmente a utilidade e a necessidade do processo. Nesse sentido encontram-se precedentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁸¹ e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹⁸².

A quinta situação processual em mandado de segurança pode ocorrer quando, em relação à mesma licitação, é proferida decisão em outra ação, de iniciativa da própria impetrante ou de alguma concorrente. Não há mais que decidir, portanto, sobre algo que já está decidido em outro processo. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁸³.

A sexta situação processual é relativa à revogação ou a anulação da licitação pela própria autoridade administrativa, que causam o esvaziamento do objeto do mandado de segurança. Afinal de contas, não haverá mais o “ato de autoridade” vigente, a ser impugnado¹⁸⁴.

¹⁸¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 1997.01.00.011813. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Moacir Ferreira Ramos. Brasília, 11 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 24 out. 2002, p. 209

¹⁸² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 20010020059424MSG DF. Conselho Especial. Relator: Desembargador Vaz de Mello. Brasília, 03 dez. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 mai. 2003, Seção 3, p. 65

¹⁸³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 94.01.28715-5 /DF. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Wilson Alves de Souza. Brasília, 21 nov. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 30 jan. 2003, p. 70

¹⁸⁴ _____, Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.015650-3 /DF. Quinta Turma. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 20 nov. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 25 nov. 2003, p. 72

2.3.1.3 Legitimidade ativa e passiva

A legitimidade também é uma das condições da ação, insculpida nos artigos 3º e 267, inciso, IV, do Código de Processo Civil, e consiste na titularidade ativa ou passiva da causa. A existência de um direito a ser defendido justifica a legitimidade ativa, enquanto, a possibilidade de suportar o ônus de uma decisão em sentido contrário justifica a legitimidade passiva.

Partindo também dessas premissas constata-se que em muitos dos mandados de segurança relacionados à matéria de licitações a falha está na origem, tanto em relação à pessoa e a situação concreta do impetrante, quanto em relação à autoridade indicada como impetrada.

Convém analisar, primeiro, a questão da legitimidade ativa.

Para tanto, é preciso antes excluir a hipótese do mandado de segurança coletivo, aquele que pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação, com fundamento no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal. Isso porque nenhuma dessas pessoas jurídicas mencionadas, evidentemente, possui em seu objeto a previsão de participar de licitações em órgãos públicos, realizar vendas, prestar serviços, etc.

Com relação a essa matéria, e apenas a título exemplificativo, não poderia a Associação Brasileira das Agências de Viagens – ABAV, cujo objeto primordial é a defesa de interesses gerais da categoria econômica que representa, impetrar um mandado de segurança em relação a um fato determinado, ocorrido apenas com uma das tantas agência de viagens, em uma determinada licitação. Nesse caso, o direito atingido seria “próprio” da agência, a quem é dada a legitimidade de defendê-lo via mandado de segurança.

A propósito, faz-se oportuna a referência à jurisprudência:

*“Ementa: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. I - No mandado de segurança coletivo, em que se impugna edital de licitação, o sindicato não possui legitimidade ativa ad causam, se, na espécie, a discussão não gravita em torno de interesse de sua categoria ou de interesses individuais homogêneos de seus filiados. II - Apelação desprovida.”*¹⁸⁵
(g.n.)

Portanto, o entendimento sobre esse assunto restou pacificado na jurisprudência brasileira, que adverte, reiteradamente, acerca do cabimento do mandado de segurança coletivo apenas relacionado com o objeto das entidades representativas.

Superada essa questão, urge passar para a análise das situações processuais relacionadas à legitimidade ativa das próprias empresas nos mandados de segurança relativos a licitação.

Em primeiro lugar, ocorre novamente a situação em que a empresa não possui qualquer afinidade do seu objeto social com o produto ou serviço que está sendo licitado. Ou seja, sequer tem possibilidade de participar da licitação. Nesse caso, é oportuna a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no sentido de que não se pode, via mandado de segurança, cogitar a hipótese de mera proteção de interesses difusos relativos ao patrimônio público, à moralidade e à legalidade, o que somente seria admissível nas vias ordinárias adequadas. O direito a ser defendido deve ser, efetivamente, próprio.¹⁸⁶

¹⁸⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 96.01.09539-0 /BA. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 19 mar. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 out. 2003, p. 123

¹⁸⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 143096200. 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Péricles Bellusci de Batista Pereira. Curitiba, 21 out. 2003

Em segundo, existe a situação de empresas que atuam no ramo do objeto licitado, mas não estejam participando da licitação. Em situações excepcionais, é bom frisar, algumas podem manejar mandado de segurança, caso sua esfera de bens juridicamente protegidos seja afetada, com um ou mais atos do certame, ou que o antecedem, como a autorização para a sua própria abertura. É o caso das empresas que trabalham com transporte rodoviário de passageiros e às vezes se vêem prejudicadas em suas concessões de linhas que ainda estejam regularmente vigentes. A legitimidade ativa dessas empresas tem sido reconhecida, por exemplo, pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁷

Em terceiro lugar, vêm as empresas que são do ramo objeto da licitação, poderiam participar da disputa, mas não impugnam o edital a tempo, deixando prosseguir o certame, além de não terem buscado qualquer ordem judicial prévia para entrar na licitação, diante de eventual cláusula restritiva. Tendo ficado totalmente alheias, depois não podem pretender tumultuar o processo do qual não fizeram parte. Esse é o entendimento, por exemplo, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁸⁸.

Em quarto lugar, não possuem legitimidade ativa para o mandado de segurança as empresas que, da mesma forma das que não apresentam impugnação tempestiva ao edital, ainda participam do certame, mas se deixam desclassificar, para, somente depois, impetrar mandado de segurança, muitas das vezes, questionando outros atos até mesmo posteriores. Nesse particular, vale lembrar a posição firmada no Superior Tribunal de Justiça, no sentido

¹⁸⁷ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5963 /DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, 26 jun. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 26 ago. 2002, p. 155

¹⁸⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 1997.01.00.006672-7 /DF. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 09 abr. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 ago. 2003, p. 123

de que empresa inabilitada não pode discutir fatos ocorridos na fase de classificação das propostas¹⁸⁹.

A quinta situação complicada para a legitimidade ativa das empresas diz respeito àquelas que foram habilitadas, apresentaram suas propostas, perderam na disputa de preços, mas ainda assim questionam a classificação das propostas de outras licitantes. Existem casos de tamanha irresignação com os resultados do certame, que empresas colocadas em 4º lugar no preço, ainda assim entram com mandado de segurança, especialmente, buscando ordem judicial contra desrespeito às formalidades legais da licitação. Sem retirar a razão de mérito dessas empresas, contra atos ilegais, o certo é que o mandado de segurança vem sendo rejeitado para essa finalidade, por exemplo, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁹⁰. Eventualmente, se a empresa estivesse em segundo lugar na colocação de propostas, seria plausível o direito próprio, pois bastaria a eliminação da primeira proposta aceita ilegalmente para que a segunda (a impetrante) conseguisse lograr êxito no certame licitatório. Nessa situação, em tese, seria admissível o mandado de segurança.

Existe ainda, uma sexta situação complicada no que diz respeito à legitimidade das empresas para impetração de mandado de segurança em matéria de licitação: a participação em consórcio. Talvez uma das questões mais complexas, e que deveria ser prevista e ser evitada desde o termo de constituição do consórcio. É importante lembrar que o consórcio é uma comunhão de interesses das empresas, mas não forma uma pessoa jurídica distinta. Por essa razão, existem muitos precedentes, a exemplo do julgado da Apelação em Mandado de Segurança nº 1997.01.00.013240-1 /DF, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no

¹⁸⁹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 4335 / SP. Corte Especial. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 15 mai. 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 jun. 1996, p. 20257

¹⁹⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.34.00.043627-2 /DF. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 25 nov. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 18 dez. 2002, p. 160

sentido de que a empresa-líder não pode, sozinha, impetrar mandado de segurança¹⁹¹. A providência adequada, portanto, seria a impetração do mandado de segurança em nome de todas as integrantes do consórcio, juntas, como o caso do Mandado de Segurança nº 5418, do Superior Tribunal de Justiça, onde a ordem foi obtida com sucesso¹⁹².

São essas, portanto, as principais observações acerca da legitimidade ativa das empresas para o uso do mandado de segurança, em face de atos licitatórios. E as questões práticas mais relevantes, em regra, são a titularidade de direito, efetivamente próprio, e a existência de um ato administrativo ainda não superado por outro, superveniente.

Dito isto, impõe-se passar à análise da legitimidade passiva no mandado de segurança, ou seja, a legitimidade de quem vai suportar as conseqüências de eventual decisão judicial concessiva da ordem.

A primeira vista, pode-se pensar logo em autoridade impetrada, mas ocorre que também não se pode esquecer que, para o pólo passivo da demanda, também deve ser chamado eventual terceiro interessado, por exemplo, uma outra empresa que possa ser prejudicada com a anulação de uma licitação.

Em um primeiro momento, entretanto, é preciso analisar apenas as questões atinentes à autoridade impetrada.

A Lei nº 1.533/451, dispõe o seguinte:

¹⁹¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 1997.01.00.013240-1 /DF. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz (conv.). Brasília, 17 out. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 14 nov. 2002, p. 370

¹⁹² DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de Segurança nº 5418 / DF 1997.01.00.013240-1 /DF. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz (conv.). Brasília, 17 out. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 14 nov. 2002, p. 370

“Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§ 1º - Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções.
(g.n.)”

O ponto nodal dessa norma diz respeito à expressão “ato de autoridade”, pois é a partir dela que estará delineada a legitimidade ou a ilegitimidade passiva no mandado de segurança.

O ato de autoridade é a ação ou missão do Poder Público especificamente relacionada com suas funções. E isso depende, em cada caso, das regras de competências e atribuições legais incumbidas a cada agente público ou agentes delegados, aqui somente no que for relativo à delegação.

Em regra, todo ministro de Estado, governador, secretário de Estado, prefeito, presidente de comissão de licitação, pregoeiro, pratica atos de autoridade. São atos que se situam nitidamente na esfera do Poder Público, e cuja impugnação via mandado de segurança é considerada perfeitamente normal.

Entretanto, existem os casos de agentes que normalmente praticam atos de direito privado, e, apenas eventualmente, praticam atos por delegação do Poder Público. E, nesse ponto, aparece a ressalva sobre o cabimento ou incabimento do mandado de segurança.

Para entender melhor a questão relativa a esses agentes, um exemplo basta.

Suponha-se que uma concessionária de distribuição de energia tenha cortado o fornecimento a determinado consumidor, sem aviso prévio, mesmo estando pagos eventuais

débitos. Percebe-se aqui que o ato diz respeito à atividade-fim da concessionária, a atividade realizada em decorrência daquela delegação específica do Poder Público.¹⁹³ Entretanto, se ela deseja fazer uma licitação para comprar água mineral ou material de limpeza, para seus escritórios, isso se traduz em um ato de mera gestão, não relacionado com o objeto de delegação do Poder Público. Será um ato relacionado apenas com a atividade-meio. E é exatamente por essa razão que, mesmo existindo divergências¹⁹⁴, a jurisprudência dominante não admite o mandado de segurança em relação aos agentes delegados¹⁹⁵.

Em matéria de processo das licitações, essa é uma das questões mais inseguras para a empresa, sendo certo que nunca se pode pressupor o entendimento do magistrado. E pode ser que ele entenda que o agente delegado não estava praticando ato de autoridade, razão pela qual é parte ilegítima para o mandado de segurança.

É preciso, então, registrar a alternativa extrema de dúvidas: o uso de uma ação cautelar preparatória de uma ação principal anulatória de ato administrativo. Nesse caso, a empresa poderá pedir as mesmas providências, mas sem riscos, porque não terá de entrar na discussão sobre ato de autoridade. E os exemplos mais comuns de onde se deve usar esse procedimento são os atos praticados por presidentes de comissão de licitação e pregoeiros dos serviços sociais autônomos, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

¹⁹³ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 174085 / GO. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 18 ago 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 21 set. 1998, p. 96

¹⁹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 93.01.16389-6 /DF. Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (conv.). Brasília, 24 out. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 23 jan. 2003. p. 59

¹⁹⁵ _____ . Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.01.00.072693-9 /MG. Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (conv.). Brasília, 29 mai. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 28 ago. 2003. p. 192

Feitas essas considerações, pode-se passar à uma segunda situação de ilegitimidade passiva, que pode ser exemplificada em diversos casos: mandados de segurança impetrados contra atos de ministros ou secretários de Estado que delegaram, via portaria, poderes para presidentes de comissões de licitação e pregoeiro realizarem licitações. É preciso observar que a ilegitimidade passiva é definida, especialmente, pelo agente que pratica o ato, a teor do disposto nas Súmulas 510 do Supremo Tribunal Federal e 177 do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁶. Apenas na impossibilidade do agente que praticou o ato ainda conseguir corrigi-lo, é que a legitimidade passiva atinge a autoridade superior, que tiver poderes, por exemplo, para anular o ato.

Uma ressalva a ser feita com relação a esse último tema é que se a autoridade hierarquicamente superior, mesmo não tendo praticado o ato administrativo, responder ao pedido de informações do juiz (do mandado de segurança), defendendo a legalidade do ato da autoridade inferior, essa autoridade passa a ser legitimada passiva. Esse é o entendimento dominante da jurisprudência pátria¹⁹⁷.

Encerrada a análise sobre a legitimidade passiva da autoridade, impõe-se, agora, passar à análise da legitimidade passiva de terceiros, que eventualmente possam ser prejudicados com a decisão do mandado de segurança.

Nessa situação se incluem, especialmente, todas as empresas concorrentes, que estejam participando da licitação, dependendo da etapa na qual esteja o processo licitatório, ou apenas uma outra empresa, por exemplo, que já tenha sido declarada vencedora do certame.

¹⁹⁶ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 7.789/DF. Primeira Seção. Despacho do Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 04 dez. 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 19 dez. 2001.

¹⁹⁷ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 3960 / SP. Relator: Ministro Américo Luz. Brasília, 22 mar. 1995. Diário de Justiça da União, Brasília, 08 mai. 1995, p. 12356

A obrigatoriedade de requerer a notificação das outras empresas no mandado de segurança relacionado a licitações tem origem em um dispositivo genérico, como para quer matéria ventilada nesse tipo de ação. Trata-se de cumprir o que determina o artigo 19 da Lei nº 1.533/51, combinado com os artigos 3º, 47, parágrafo único, e 214, 243 e 249, do Código de Processo Civil. Tudo isso porque a decisão pode interferir no direito de outrem. E a falta dessa providência, que deve ser requerida na petição inicial do mandado de segurança, implica em nulidade do processo.¹⁹⁸

Todas essas considerações sobre a legitimidade ativa e passiva no mandado de segurança, especialmente em matéria de licitações, onde não há tempo para fazer experiências processuais, demonstram que é preciso muita cautela da empresa antes de impetrar o mandado de segurança, o que somente deve ser feito depois de checadas todas as possibilidades de imprevistos com relação ao outro pólo da ação.

2.3.1.4 Competência do juízo

A competência é um dos pressupostos processuais, usualmente entendido como a medida da jurisdição. Esse é o conceito básico sobre o instituto. Mas no processo das licitações qual é a sua relevância? A resposta é: “total”.

Ao impetrar um mandado de segurança, seja em plantão judicial, seja em distribuição normal, a empresa prejudicada em uma licitação já está com o tempo consideravelmente curto, não podendo errar em nada.

¹⁹⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2001.002.04783. Relatora: Desembargadora Marly Macedônio França. Rio de Janeiro, 25 set. 2001.

Contudo, a prática demonstra que a pressa faz com que o direito da empresa efetivamente venha a perecer em razão do fato de ter sido iniciada a ação perante o juiz incompetente.

Aliás, em pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, somente em relação a conflitos de competência nos mandados de segurança, contra atos licitatórios, constam mais de uma centena de resultados.

Muitas vezes, vale frisar, o juiz sequer profere despacho sobre a liminar requerida, mas se limita a remeter os autos do mandado de segurança à Justiça Federal, ou vice-versa, por exemplo, para a Justiça Estadual Comum. E se for suscitado conflito de competência, normalmente, até que ele chegue ao Superior Tribunal de Justiça, seja processado, tenha parecer do Ministério Público, seja julgado, para depois retornar à origem, podem decorrer vários anos. E aí a licitação já foi encerrada, eventual contrato administrativo já foi assinado com outra licitante e o direito em questão acabará ficando totalmente prejudicado.

O que a empresa precisa saber, basicamente, para que também não caia nessa grande vala de “desastres processuais” é com qual autoridade está lidando e a que esfera a entidade pública está vinculada.

Em regra, se as conseqüências da sentença do *mandamus* recairão sobre ente federal, a competência da Justiça Federal.

Entretanto, é preciso tomar cuidado com casos específicos, por exemplo, de sociedades de economia mistas federais, empresas públicas, e outras entidades, uma vez que, mesmo sendo federais, em determinadas ações, possuem competência junto à Justiça

Comum Estadual¹⁹⁹. Já os conselhos de fiscalização profissional, *in casu*, atraem a competência para a Justiça Federal²⁰⁰.

Além disso, não somente deve haver o cuidado com a competência entre as Justiças, Federal e Estadual, por exemplo, mas com a competência interna de cada uma delas.

O caso da Justiça Comum do Distrito Federal pode ser um primeiro exemplo sobre essa questão, tendo em vista que, em obediência ao artigo 26 da Lei de Organização Judiciária local, os mandados de segurança impetrados em face de atos administrativos de autoridades locais não devem ser distribuídos às Varas Cíveis, mas sim às Varas de Fazenda Pública²⁰¹.

Na Justiça Federal também há o caso dos Juizados Especiais Federais, quer não admitem ação para anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal. Essa vedação decorre do artigo 3º, § 1º, inciso III, da própria Lei nº 10.259/2001, e recai “como uma luva” nas pretensões de anular atos licitatórios.

Tudo isso deve ser observado pela empresa, sob pena de atraso na apreciação do *mandamus*, inclusive quanto à liminar.

¹⁹⁹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 36439 /SC. Primeira Seção. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 08 out. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 17 nov. 2003, p. 197

²⁰⁰ _____, Conflito de Competência nº 21923 / MG. Segunda Seção. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 22 mar. 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 02 mai. 2000, p. 100

²⁰¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 20020020022816AGI DF. 4ª Turma Cível. Relator: Sérgio Bittencourt. Brasília, 01 jul. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 13 nov. 2002, seção 3, p. 121

2.3.1.5 Prazo

A questão mais importante a ser analisada quanto ao prazo para impetração do mandado de segurança é que ele possui prazo “decadencial” de 120 (cento e vinte) dias e a contagem desse prazo conta-se da ciência do ato pelo interessado²⁰², conforme o disposto no artigo 18 da Lei nº 1.533/51,.

Considerando que no procedimento administrativo de uma licitação ocorrem vários atos de autoridade distintos, em uma seqüência, cada um com a sua devida publicidade, esse prazo decadencial deve ser contado partindo da publicação de cada um deles, como o edital, a inabilitação, desclassificação, a adjudicação, etc.²⁰³

2.3.1.6 Demonstração do direito líquido e certo

A jurisprudência é firme no sentido de que o mandado de segurança, pela sua própria sumariedade, não admite dilação probatória, não existindo, especialmente, nas Leis de números 1.533/51 e 4.348/64, qualquer previsão para isso.

As provas do direito líquido e certo do impetrante devem acompanhar a inicial, conforme bem adverte o Superior Tribunal de Justiça:

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. HABILITAÇÃO DE LICITANTE. 1. Entre os requisitos específicos da ação mandamental está a comprovação, mediante prova pré-constituída, do direito

²⁰² DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 6945 /DF. Corte Especial. Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 03 set. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 15 dez. 2003, p. 172

²⁰³ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11782 /DF. Quinze Turma. Ministro Gilson Dipp. Brasília, 19 fev. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 18 mar. 2002, p. 274

subjetivo líquido e certo do impetrante. 2. A deficiente comprovação dos fatos impede o exame da existência do alegado direito líquido e certo, o que impõe a extinção do processo sem julgamento do mérito. 3. Segurança denegada.²⁰⁴ (g.n.)

Além da petição inicial e dos documentos juntados na impetração, somente a peça de informações da autoridade impetrada e as manifestações de eventuais litisconsortes passivos necessários devem ser juntadas aos autos. Nada mais que isso, inclusive, não se admitindo juntada de “memoriais”, que, no máximo, seriam documentos “extra-autos”, entregues pessoalmente ao juiz, quando de eventual visita do advogado ao seu gabinete para tratar do processo.

2.3.1.7 Matérias complexas

No mandado de segurança existem limites tênues entre o seu cabimento ou não de acordo com a matéria tratada e a forma com que for apresentada ao juiz.

É preciso observar que o direito pleiteado deve ser claro, não baseado em fatos complexos ou controversos, como por exemplo, discutir pormenores relativos à qualificação técnica de licitantes, a menos que a questão possa ser constatada de plano²⁰⁵.

Ressalte-se que, se o tema relacionado à qualificação técnica for de direito ou tiver prova clara e pré-constituída, nada obsta a sua apreciação.

²⁰⁴ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 8439 / DF Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavazcki. Brasília, 11 fev. 2004. Diário da Justiça da União, Brasília, 25 fev. 2004, p. 90

²⁰⁵ _____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10491 / SC. Segunda Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 05 mar. 2002. Diário de Justiça da União, Brasília, 08 abr. 2002, p. 165

Entretanto, algumas empresas usam o mandado de segurança para discutir até mesmo conceitos técnicos complexos, como se pode exemplificar com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

*EMENTA: ... LICITACAO - EXAME DE CAPACIDADE TECNICA - QUESTAO COMPLEXA QUE DEMANDA PRODUCAO E COTEJO DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE – Segurança denegada dada a complexidade de objeto de licitação a envolver conceitos técnicos sobre eletricidade, lógica e telefônica, e equipamentos do gênero. Impossível concluir se as obras anteriormente executadas pelo impetrante encontram a similitude exigida pela lei com aquela objeto da licitação, sem a produção de prova técnica, o que não se permite após a impetração. Inexistente prova preconstituída de violação a direito líquido e certo, denega-se a segurança.*²⁰⁶

No mesmo sentido também existem precedentes do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, quanto à discussão sobre o desempenho de equipamentos complexos, que somente se resolveria mediante perícia técnica.²⁰⁷

Também se inserem no contexto de temas delicados no mandado de segurança aqueles relativos à qualificação econômico-financeira das empresas, quando não sejam apresentados ao juiz, desde a inicial, todos os dados específicos que tornem possível o seu convencimento.

É preciso atentar, por exemplo, no que diz respeito a supostos índices contábeis excessivos no edital de licitação, para o fato de que o juiz não é um contador ou analista balanço ou de comportamento de mercado. Aliás, são oportunos aqui os comentários de um especialista na área de índices, o professor José Carlos Marion, que explica:

²⁰⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 135173900. Órgão Especial. Relator: Desembargador Tadeu Costa. Curitiba, 06 jun. 2003. Diário da Justiça do Estado, Curitiba, 30 jun. 2003

²⁰⁷ _____ . Mandado de Segurança nº 5509 / DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 11 nov. 1998. Diário de Justiça da União, Brasília, 19 abr. 1999, p. 70

“ Como podemos avaliar se os nossos índices são bons? Como estão as nossas concorrentes? O nosso endividamento é maior que o das outras empresas do mesmo ramo de atividade? A rotação dos estoques é rápida ou lenta em relação às empresas que operam com o mesmo produto?

Sem dúvida, só poderemos avaliar bem os nossos índices se os compararmos com os índices de empresas do mesmo ramo de atividade.

Um índice de Liquidez Corrente igual a 1,20 para a indústria têxtil pode ser baixo se comparado com o de outras. No entanto, uma Liquidez Corrente de 0,80 pode ser satisfatória para uma instituição de ensino (não possui Estoques e Duplicadas a Receber no seu Ativo Circulante, mas recebe Receita à Vista)

Uma liquidez Seca de 0,40 é deficiente para uma metalúrgica, enquanto para uma grande atacadista (cujo maior investimento é o estoque) é satisfatória.

Uma Margem de Lucro de 3% é satisfatória para um supermercado, mas é péssima para uma joalheria, pois o primeiro opera com grandes quantidades enquanto a segunda, não.

Assim, certificamo-nos da grande diversidade de um ramo de atividade para outro, em termos de avaliação de índice. Por isso, há necessidade de se compararem índices de uma empresa com os índices de outras empresas do mesmo ramo de atividade.

Quando calculamos índices de demonstrações financeiras de empresas do mesmo ramo de atividade para servir de base de comparação para outras empresas daquele ramo, estamos calculando índices-padrão. ”²⁰⁸ (g.n.)

Ao concluir, o renomado doutrinador da contabilidade ainda menciona que esses índices-padrão podem ser obtidos através da Serasa e da Revista Exame: “As melhores e Maiores”.

Portanto, como um juiz teria todas essas informações específicas que não fosse o impetrante que as trouxesse? É evidente que o juiz não poderia se pronunciar sobre esse assuntos com informações “extra-autos”. A licitante interessada é que tem ônus de apresentar, de forma clara e completa, todas as informações que o juiz precisará para julgar o mandado de segurança.

Uma outra causa comum de insucesso nos mandados de segurança é a alegação, desacompanhada de provas, da inexecuibilidade de proposta de concorrente. Não há como

²⁰⁸ MARION, José Carlos. Contabilidade empresarial. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 479/480

decidir sobre esse assunto, na via estreita do mandado de segurança apenas com suporte em meras alegações da parte interessada. Observe-se o precedente abaixo, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDANDO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. [...] MENOR PREÇO. ACATAMENTO DA PROPOSTA DE MENOR VALOR. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE FORMAL DA PROPOSTA. PREÇO INEXEQUÍVEL NÃO DEMONSTRADO. [...] III - A eventual inexecutibilidade da proposta vencedora do procedimento licitatório não pode ser presumida. É necessário que a parte interessada demonstre cabalmente que o preço cotado não corresponde à realidade dos custos. IV - Apelação desprovida.”²⁰⁹ (g.n.)

O que pode ser feito, nesses casos específicos, é trazer aos autos, além de documentos da própria empresa, exemplos de contratos vigentes em outros órgãos públicos, até mesmo de outras concorrentes, para demonstrar a inexecutibilidade da proposta que se está impugnando.

A conclusão, portanto, é no sentido de que o mandado de segurança constitui uma oportunidade sem volta: ou o direito é líquido e certo ou não há direito.

2.3.1.8 Demonstração no perigo na demora

Em mandado de segurança é preciso demonstrar ao juiz o “perigo na demora”, ou seja, a situação de fato que justifica o deferimento de tutela jurisdicional imediata, sob pena de perecimento do direito. Tem-se que mostrar ao juiz que não é possível aguardar o julgamento do mérito do mandado de segurança.

²⁰⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação no Mandado de Segurança nº 2001.34.00.018039-0 /DF. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 25 ago. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 22 set. 2003, p. 95

Quando se trata de questões atinentes a processos licitatórios, a jurisprudência indica que é bem mais fácil demonstrar esse risco de dano iminente quando o certame está em fase inicial, quando sequer foram abertas as propostas e a licitante pretende apenas a sua participação.

Observe-se, a propósito, as considerações do Excelentíssimo Senhor Ministro José Delgado, ao conceder liminar nos autos da Petição nº 915, do Superior Tribunal de Justiça:

“...Examino o pedido liminar e, em juízo provisório, entendo presentes os pressupostos para a sua concessão, haja vista que indiscutível é o periculum in mora (a abertura das psopostas está marcada para o dia de amanhã, 12 de dezembro), tudo ladeado pela fumaça do bom direito [...] Comunique-se com urgência, via telex ou fax, haja vista que o início da licitação está marcado para amanhã (fls. 296)...”.

Dessa decisão houve Agravo Regimental, cuja relatoria coube ao Excelentíssimo Senhor Ministro Garcia Vieira, sendo mantido aquele posicionamento:

“AGRAVO REGIMENTAL – CONCESSÃO DE LIMINAR – MANDADO DE SEGURANÇA. O caso é típico de concessão de liminar, posterior concessão da segurança poderia ser inócua. A decisão agravada deve perdurar até decisão final neste mandado de segurança. Agravo improvido.”²¹⁰

A empresa não deve, portanto, deixar a situação prosseguir ao ponto de ser preciso tentar suspender o processo licitatório, porque isso nem sempre se consegue. Isso porque a medida pode ter reflexos gravosos à Administração ou à sociedade. (o perigo de dano inverso). O precedente é do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE COLETA DE LIXO. Suspensão do processo licitatório que põe em risco o serviço público de

²¹⁰ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Petição nº 915/DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 13 mai. 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 26 jun. 1998

*recolhimento de lixo, criando perigo para a saúde pública. Hipótese contida na permissão da lei específica. Agravo regimental improvido*²¹¹.

Portanto, fica claro que é imprescindível a ação da empresa no momento mais cedo possível.

2.3.1.9 Pedidos

No que diz respeito aos mandados de segurança relacionados ao processo das licitações, muitas empresas pecam pelos pedidos.

É preciso alertar para o fato de que não são admissíveis excessos, desde os pedidos de liminares.

Como exemplo para essa questão, pode-se citar o caso de uma empresa que discute o resultado final de uma licitação (desclassificação de propostas) e pede que o juiz determine, além da sustação do processo, a sua contratação em caráter emergencial, enquanto não houver decisão de mérito no mandado de segurança. Ora, nesse caso há uma questão crucial, que é a inexistência de qualquer lei que ampare esse pedido. O próprio artigo 24 da Lei nº 8.666/93, quando elenca as hipóteses de contratação emergencial por dispensa de licitação, nada sinaliza sobre essa situação.

Uma segunda situação comumente verificada nos mandados de segurança já foi abordada anteriormente. É aquela em que muitos juízes preferem conceder liminares para que a empresa participe de determinada licitação, mas não para que a licitação seja integralmente suspensa. Isso porque, dependendo do caso, a liminar pode causar dano à

²¹¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 30497 DF. Conselho Especial. Desembargador Carlos Augusto Faria. Brasília, 19 ago. 1997. Diário de Justiça da União, Brasília, 29 out. 1997, p. 26.117

continuidade dos serviços públicos. Muitos juízes reconhecem a existência de “perigo de dano inverso”, risco de “solução de continuidade”, especialmente em relação a contratos de prazo já expirado, e onde o serviço não pode ser suspenso: fornecimento de medicamentos, prestação de serviços de vigilância e conservação, fornecimento de passagens aéreas e terrestres e outros casos. Em todas essas situações o juiz leva muito em consideração os eventuais efeitos danosos ao órgão público.

Exatamente por essa razão que é muito mais fácil brigar para entrar em uma licitação, e participar da mesma até o final, ainda que sob o efeito de liminar, do que deixar para pedir uma liminar depois, para suspender o resultado da licitação ou a assinatura e a execução do contrato dela decorrente.

Já no que diz respeito ao mérito, o pedido do mandado de segurança deve ser claro no sentido de que o juiz conceda a ordem para anular determinado ato licitatório, ou seja, para que ele retire do mundo jurídico o ato inquinado de ilegalidade, praticado pelo presidente da comissão de licitação ou o pregoeiro, como por exemplo uma inabilitação, uma desclassificação de proposta, etc...

Nunca se deve chegar ao ponto de pedir, como decisão final do mandado de segurança, que o juiz determine a contratação da empresa. O máximo que se pode pedir é a anulação exatamente do ato administrativo de sua desclassificação ou do resultado final do certame.

As questões de adjudicação e contratação posteriores, frise-se, envolvem o poder discricionário do Administrador, a conveniência e oportunidade da contratação. Essa tem

sido a linha de entendimento dos tribunais de contas²¹², que também exercem o controle sobre a legalidade dos atos administrativos, e outro não poderia ser o entendimento em relação aos magistrados. Tanto é assim que existem diversos precedentes nesse sentido:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. [...] – Desclassificado o vencedor do procedimento licitatório, não está a Administração obrigada a firmar contrato de adjudicação com o segundo colocado.”²¹³ (g.n.)

Quanto ao valor da causa do mandado e segurança, cabe frisar que a regra é no sentido de que há correlação com o conteúdo econômico da demanda.

Entretanto, em matéria de licitação, é preciso lembrar que discutir uma ilegalidade em um edital, com o propósito de participar de uma licitação não é o mesmo que discutir a nulidade de um contrato administrativo já assinado. Esse é o cuidado que se deve ter.

Quanto aos honorários advocatícios, não há sucumbência, conforme disposto na Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal e na Súmula nº 105 do Superior Tribunal de Justiça.

2.3.2 Ação cautelar inominada e ação principal, de rito ordinário

2.3.2.1 Considerações iniciais

Diante do incabimento do mandado de segurança, em determinado caso concreto, como o de ato de agente de sociedade de economia mista, as empresas fazem uso da ação

²¹² _____ . Processo nº 091/2002. Relator: Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Brasília, 12 ago. 2003. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, 27 ago. 2003, p. 23/47

²¹³ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 103 / SC. Segunda Turma. Relator: Ministro Américo Luz. Brasília, 05 out. 1994. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 nov. 1994, p. 30013

cautelar inominada, preparatória. Em seguida, ajuizam uma ação principal, pelo rito ordinário do Código de Processo Civil, onde discutirão a ilegalidade de determinado ato licitatório. Na primeira ação, devem demonstrar a plausibilidade do direito e o perigo na demora. Na segunda, devem tratar com profundidade da ilegalidade do ato.

O fundamento para as ações cautelares vem dos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, e os casos mais comuns de utilização dessas ações, de natureza preparatória, antecedem até mesmo as primeiras fases da licitação.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando a empresa ainda está reunindo sua documentação para participar do certame. Nesse sentido, observe-se o precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR PROPOSTA PARA OBTER A EMISSÃO DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE DE SITUAÇÃO/FGTS VISANDO À PARTICIPAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO. LIMINAR DEFERIDA. PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA DEFERIMENTO DA PROTEÇÃO REQUERIDA PELA PARTE. CTN, ARTIGO 206. 1. Para a concessão da tutela provisória requerida, impõe-se a presença dos requisitos exigidos: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Presentes estes, há de ser deferida a medida cautelar. 2. Sob pena de se causar dano irreparável ou de difícil reparação, a não concessão da liminar requerida pela parte agravada importaria na falta de comprovação de regularidade de seus compromissos fiscais junto ao órgão que promoveu a licitação da qual pretendia participar, eis que o Certificado de Regularidade de Situação é essencial à complementação da documentação exigida para participação no certame. [...] 4. Agravo de instrumento desprovido”²¹⁴.*

A grande vantagem na utilização da ação cautelar preparatória é a inexistência de restrições como as que o mandado de segurança encontra, quando se trata de atos licitatórios praticados pelos agentes dos serviços sociais autônomos, empresas públicas,

²¹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento nº 1998.01.00.027471-1 /MG. Terceira Turma Suplementar. Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (conv.). Brasília, 23 out. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 13 nov. 2003 p. 66

sociedades de economia mista e fundações. Isso porque esses agentes, em regra, não praticam ato de autoridade, conforme já tratado no item relativo ao mandado de segurança. Daí se conclui pela grande versatilidade da ação cautelar.

2.3.2.2 Particularidades

Em regra, os mesmos cuidados básicos do mandado de segurança devem ser adotados em relação a essas ações, quanto à legitimidade, interesse e competência.

Entretanto, uma primeira particularidade que merece destaque é que, mesmo não existindo em lei prazo decadencial, como ocorre no mandado de segurança (120 dias), a jurisprudência tem imposto limites sobre o cabimento das ações cautelares.

Nesse sentido, são diversas as decisões que também obstaculizam as ações cautelares quando a empresa deixou o processo licitatório prosseguir, sem impugnações ou recursos administrativos, e, somente ao final, pretende anular atos daquele certame:

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. PERDA DO OBJETO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. 1. Falta interesse processual de agir ao autor, em face da perda superveniente do objeto, eis que realizada a licitação que pretendia sustar. 2. Processo extinto. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida..”²¹⁵ (g.n.)

Esse é mais um exemplo de situações onde o direito da empresa perece por não ter sido buscado junto ao Judiciário em tempo hábil.

Nos pedidos liminares feitos nas ações cautelares também é preciso atentar para os excessos, lembrando-se que o mesmo pressuposto do mandado de segurança é válido nesse

²¹⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 1999.34.00.002047-7 /DF. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 22 set. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 10 nov. 2003, p. 66

caso: é mais fácil obter liminar para entrar em processo licitatório do que para suspendê-lo no seu curso adiantado ou somente ao final.

O que se deve evitar, também nas cautelares, é a situação que já passa a caracterizar o “perigo de dano inverso”, do qual se pode citar precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos da Suspensão de Segurança nº 2003.01.00.009813 -5 /DF, na qual estava em questão a suspensão de contratação de empresa especializada na prestação de serviço telefônico fixo comutado-STFC. Ou seja, serviço que não admite “solução de continuidade”.

A questão central, pois, é o manejo da cautelar em tempo próprio, sob pena de prejuízo.

Em relação às ações “principais”, o primeiro ponto crucial vem do prazo estabelecido no artigo 806 do Código de Processo Civil:

“Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.”

Com efeito, a ação cautelar apenas tem por escopo obter uma tutela jurisdicional que garanta um resultado útil na desfecho da ação principal, que pode levar anos sem solução. Nessa última, sim, é que se discute, a fundo, eventual ilegalidade de determinado ato licitatório.

O uso das ações cautelares e ordinárias, é importante ressaltar, deve ser feito, realmente, com bastante segurança, porque, ao contrário do mandado de segurança, aqui se admite a condenação em honorários de sucumbência, baseados no valor da causa.

Nesse particular, é bom registrar que, se a empresa está apenas questionando determinada cláusula restritiva do edital, o valor da causa, sobre o qual serão calculados eventuais honorários de sucumbência, deve ser o menor possível.

A pretensão de discutir um edital, para participar de uma licitação, onde se pode atribuir valor simbólico da causa em R\$ 1.000,00 (mil reais), não é igual à pretensão de anular um contrato administrativo já assinado, por exemplo, no valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

A respeito desse tema, a jurisprudência tem advertido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. VALOR DA CAUSA. Ação Declaratória de Regularidade de Habilitação de Licitante em Licitação Pública. Causa sem valor econômico imediato. Direito a participar da Licitação que não se confunde com o direito do contrato administrativo dela resultante. Estimativa autoral admissível, na forma do art. 258 do CPC. Recurso desprovido.”²¹⁶

O cuidado que se deve ter, portanto, é não atribuir valores elevados quando se discute a maioria dos atos licitatórios, pois nunca se sabe se a empresa, efetivamente, vai ganhar a disputa no preço e assinar eventual contrato. E, no caso de eventual improcedência do pedido da ação a empresa não sofre uma pesada condenação em honorários.

A conclusão desse breve estudo, portanto, é no sentido de que, a mais usual alternativa aos mandados de segurança também deve ser intentada com uma série de cuidados para não haver riscos para a empresa.

²¹⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento nº 2001.002.04015. Décima Oitava Câmara Cível. Desembargador. Binato de Castro. Rio de Janeiro, 30/10/2001

2.3.3 Ação civil pública

2.3.3.1 Breves considerações

A ação civil pública é um instrumento de titularidade do Ministério Público, por fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, direcionada à proteção de interesses difusos da sociedade. Entretanto, a Lei nº 7.347/85, que disciplina essa ação, confere a titularidade para o seu manejo também à União, aos Estados e Municípios, além de autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações, nas condições que especifica.

A primeira circunstância que se destaca nesse contexto é que as empresas privadas, para tratarem de seus direitos relacionados às licitações, não possuem legitimidade para fazer uso da ação civil pública.

Entretanto, a prática demonstra que, embora sejam poucas, algumas empresas provocam o Ministério Público, como uma via paralela de ação, como de verã adiante.

É pacífico na jurisprudência que o Ministério Público pode agir, por meio da Ação civil pública, em causas relacionadas a processos licitatórios, esse entendimento esse exemplificado no tracho destacado do acórdão do julgamento do julgamento do Recurso Especial nº 151.811, do Superior Tribunal de Justiça:

“[...]3. Obra pública sem licitação, ou com licitação ilegal, pode sofrer a censura judicial, via ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. [...]”²¹⁷

²¹⁷ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 151.811/MG. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 16 nov. 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 fev. 2001, p. 104

Entretanto, é preciso lembrar e dar mais ênfase ao fato de que a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública demonstra, claramente, que essa ação é dirigida à proteção de direitos difusos da sociedade (reprimir ou impedir, por exemplo, danos ao erário) e não os direitos individuais.

Por essa razão ela realmente toma uma feição diferente para a empresa, que nem sempre poderá provocar o Ministério Público para que ele faça uso desse instrumento processual.

Entretanto, é bom lembrar que mesmo, que o objeto da ação civil pública não esteja ligado, especificamente, ao direito próprio da empresa, ela pode lhe trazer benefícios, por exemplo, decorrentes de eventual decretação de nulidade de um ato licitatório que lhe trouxe prejuízos. Ainda que nem sempre ela seja cabível, quando o for, essa será a sua importância para a empresa.

2.3.4 Ação popular

2.3.4.1 Breves considerações

A ação popular é um instrumento legitimado a qualquer “cidadão”, com fundamento no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, e que deve ser intentada nos termos da Lei nº 4.717/65, em face de ato ilegal e lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

Diante da expressão “qualquer cidadão”, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 365, no sentido de que pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

Nesses termos, não é instrumento hábil para ser utilizado pelas empresas na defesa de seus direitos, ainda mais quando, mesmo que fosse ajuizada não em nome da empresa, mas em nome algum “cidadão”, seria preciso demonstrar, além da ilegalidade, a lesividade à coisa pública, o que nem sempre acontece nos processos licitatórios questionados.

Nesse sentido, é interessante observar o precedente abaixo:

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA. I - Afigura-se correta a sentença que julga improcedente ação popular, que objetivava a anulação de procedimento licitatório, se o autor não logrou comprovar a existência de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, decorrente de alegados vícios no referido processo de licitação, como no caso dos autos. II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.”²¹⁸

Sem maiores considerações, portanto, conclui-se que esse não é um instrumento hábil para a defesa do direito das empresas em matéria de licitação.

2.3.5 Recursos

2.3.6 Brevíssimas considerações

Os recursos judiciais mais interpostos pelas empresas em relação à matéria de licitações podem ser assim elencados:

- 1) Agravo de Instrumento (contra decisão que indefere pedido de liminar em mandado de segurança e ação cautelar);

²¹⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Remessa Ex-officio nº 2001.01.00.041712-1 /AM. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 12 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 31 jan. 2003, p. 201

- 2) Agravo Regimental (contra decisão de relator que indefere liminar em agravo de instrumento ou mandado de segurança ou ação cautelar originária de tribunal);
- 3) Apelação ou Recurso Ordinário, dependendo da concessão ou denegação do pedido de mérito do mandado de segurança;^e
- 4) Recurso Especial, para o Superior Tribunal de Justiça, relacionado à matéria de lei infraconstitucional, e Recurso Extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, relacionado à matéria constitucional.

Esses são os casos mais típicos de recursos iniciados pelas empresas em matéria de licitações.

Sem adentrar na análise das tantas hipóteses de regras processuais próprias de cada um desses recursos, a observação mais relevante é quanto ao prequestionamento, a teor do disposto nas Súmulas nº 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Se a empresa pretende que sua irrisignação chegue até o conhecimento e julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, deve provocar sempre o posicionamento judicial prévio sobre as matérias, por exemplo, das Leis nº 8.666/93 ou 10.520/2002, ou outras, em suma, de natureza infraconstitucional.²¹⁹

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 501720 / RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília, 21 ago. 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, 03 nov. 2003, p. 306

Se a pretensão for de submeter a causa também ao Supremo Tribunal Federal, o prequestionamento deve ser relativo às matérias efetivamente constitucionais²²⁰, o que abrange quase tudo que uma empresa licitante possa precisar para lutar pelo seu direito. Mais precisamente, observa-se que artigo 37, *caput*, juntamente com o seu inciso XXI, da Constituição Federal tratam dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da igualdade de condições a todos os concorrentes, obrigações de pagamento, condições da proposta, e exigências de qualificação técnica e econômica.

Conclui-se, portanto, que o campo de atuação da empresa na via judicial é bastante amplo, desde que ela adote o “modo de proceder” adequado para cada instrumento processual que pretenda utilizar na defesa do seu direito.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 335580 / DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 set. 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 31 out. 2002, p. 40

3 MATERIAL E MÉTODOS

Inicialmente, o material de estudo desse trabalho foi um conjunto de cerca de 1.200 (mil e duzentas) decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª Região, dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná, e ainda dos Tribunais de Contas da União e do Distrito Federal; todas relacionadas a temas gerais de licitação.

A inspiração da pesquisa veio do método estruturalista, que “caminha do concreto para o abstrado e vice-versa, dispondo, na segunda etapa, de um modelo para analisar a realidade concreta dos diversos fenômenos”²²¹.

Com efeito, após a reunião de todo o acervo jurisprudencial, foram filtradas somente as decisões relativas às matérias processuais, e separadas em grupos pelas coincidências entre os casos julgados. Nesse passo, foram também catalogados ao assuntos mais enfrentados pelas empresas nos tribunais judiciais e tribunais de contas.

Encerrada aquele passo, todo o material foi confrontado com as disposições legais e a doutrina aplicada em cada caso, e disso surgiu o texto final.

Esse método de pesquisa, da forma ampla possível, permitiu com que o trabalho fosse dando a sua própria forma e conteúdo, não partindo de modelos preexistentes, como por exemplo, a estrutura da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93).

²²¹ OLIVEIRA, Silvio Luiz de. Metodologia científica aplicada ao direito. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 43.

O objetivo foi desenvolver um trabalho original, buscando saber através de exemplos da prática como as empresas se comportam diante das normas procedimentais relacionadas às licitações.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados da pesquisa realizada indicam circunstâncias coincidentes entre diversos comportamentos ou modos de proceder das empresas em face dos processos licitatórios.

Esses comportamentos, muitas vezes, decorrem da ausência da adoção de métodos de trabalho das próprias empresas e seus representantes, na esfera administrativa e na esfera judicial, em controvérsias relacionadas à área estudada.

O que exsurge da comparação e discussão de mais de mil idéias e informações analisadas, da jurisprudência, da doutrina e dos textos legais, é que nem sempre o entendimento sobre determinado comportamento ou modo de proceder é pacífico, mas existem linhas predominantes. Exatamente nessas linhas é que a empresa deve se pautar com segurança nas suas relações com o mercado governamental.

5 CONCLUSÕES

As empresas dispõem de inúmeros instrumentos processuais nas vias administrativa e judicial para fazer valer seus direitos relacionados às licitações.

Na primeira delas, são tantas as possibilidades, desde a impugnação do edital, pedidos de esclarecimentos, diligências, recursos, reconsiderações, até chegar ao resultado final do certame, além da possibilidade simultânea, em qualquer fase do procedimento, de representação junto aos tribunais de contas, que quase fica difícil de entender como as empresas perdem seus direitos nesse processo. Afinal, a visão desse contexto revela nitidamente a garantia constitucional da ampla defesa no processo administrativo.

Na segunda via, a judicial, também existem instrumentos hábeis à defesa do direito das empresas, como o mandado de segurança, a ação cautelar, a ação ordinária, chegando até à possibilidade extrema de se provocar o Ministério Público para o ajuizamento de eventual ação civil pública, quando for cabível, tudo isso além dos tantos recursos legais para fazer a causa chegar, inclusive, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Isso demonstra que oportunidades processuais não faltam para o exercício da ampla defesa das empresas, em relação às matérias de licitação, junto ao Poder Judiciário.

A realidade demonstra, entretanto, que muitas das empresas não conhecem ou não fazem o uso adequado desses instrumentos, tanto na via administrativa quanto na judicial, ou ainda ficam impossibilitadas de utilizá-los por culpa do modo de proceder de seus próprios representantes. E o insucesso processual dessas empresas implica, necessariamente, na perda do seu direito material.

A conclusão é no sentido de demonstrar quais são esses instrumentos e a importância de bem utilizá-los, na busca do direito das empresas, pois quem se perde no processo, perde o direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANCO DO BRASIL S.A. *Regulamento das condições de utilização do sistema LICITAÇÕES, para a realização de procedimentos licitatórios para aquisição de bens e serviços por intermédio da rede mundial de computadores – Internet*. Brasília, 26 jan. 2001. Disponível em: <https://www.licitacoes-e.com.br/aop/lct/help/pt_br/regulamento/regulamento.htm>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência*. Brasília, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência*. Brasília, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Jurisprudência*. Brasília, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- CFC, CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. *Regulamento dos Procedimentos de Contratação e dos Contratos no Sistema CFC/CRC. Resolução nº 843*. Brasília, 25 fev. 1999. Disponível em: <http://www.cfc.org.br/uparq/legislacao/Res_843.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. *Jurisprudência*. Brasília, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Jurisprudência*. Brasília, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *Jurisprudência*. Brasília, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- MARION, José Carlos. *Contabilidade empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

- MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. *Jurisprudência*. Belo Horizonte, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- PARANÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. *Jurisprudência*. Curitiba, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas*. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Renovar, 1993.
- PERNAMBUCO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Jurisprudência*. Recife, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.pe.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- PETROBRÁS, PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. *Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A*. Decreto nº 2.745. Brasília, 24 ago. 1998. Disponível em: <<http://www2.petrobras.com.br/negocios/portugues/pdf/decr2745.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. *Jurisprudência*. Rio de Janeiro, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. *Jurisprudência*. São Paulo, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- SEBRAE, SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Regulamento de licitações e de contratos do sistema Sebrae*. Resolução CDN nº 54. Brasília, 18 out. 2001. Alterada pela Resolução CDN nº 69/2002. Brasília, 22 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/upload/licitacoes/RegulamLicitContratSS.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, V. II.
- OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. *Diligências nas licitações públicas*. Curitiba: JM Editora, 2001.
- OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Metodologia científica aplicada ao direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.