

OPINIÃO

Proposta mais vantajosa e algo a mais

19 de setembro de 2020, 16h15

Por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

O poder público federal consome por ano, estima-se, algo em torno de 48 bilhões de reais. Quase a metade dos contratos firmados vem precedido de licitação [\[1\]](#).

Agora durante o período de emergência em saúde pública de importância nacional e internacional o custo com licitação vem perdendo para os contratos sem licitação.

Conforme Renato Fenilli, *"como era de se esperar, a dispensa de licitação consolida-se como o rito preferencial na logística de enfrentamento à Covid-19. No intervalo de 6 de abril à data atual, 2 de maio, 1.654 dispensas foram adjudicadas no Comprasnet, com valor total de R\$ 533,06 milhões. No mesmo íterim, apenas 23 pregões foram capitaneados, no montante absoluto de R\$ 36,17 milhões"* [\[2\]](#). Notícia *O Globo* que só o Governo do Rio de Janeiro realizou gastos no valor de R\$ 1 bilhão para fechar contratos emergenciais, sem licitação, para o combate à pandemia da Covid-19 [\[3\]](#).



Os servidores públicos, dedicados ao tema de licitações, sofrem, pelo menos, dois tipos de pressão: a necessidade de suprir as áreas fins da instituição com produtos de qualidade com a regularidade necessária para evitar a descontinuidade ações; de outro lado a pressão do risco de ações do controle, administrativo e judicial. Risco, aliás, que tem um lado inerente a função pública, gerir recursos que não são próprios e prestar contas. Mas, atualmente, no Brasil há o risco da reputação, que não deveria ser próprio da função pública. Exercer esse múnus público deveria ter salvaguardas suficientes para que os efeitos do denunciamento [\[4\]](#) e da imagem ficassem a salvo até o veredito da culpa.

As empresas também trabalham sob pressão quando exercem as suas atividades. Riscos inerente à própria atividade econômica; pesada e injusta carga tributária, problemas de

gestão e experiência que podem comprometer a existência da empresa.

Quando negociam com órgãos públicos têm ainda outros riscos. Embora negado veementemente, o risco do "calote", da inadimplência existe. A inadimplência é coibida pela lei de várias formas, como dever de pagar segundo a rigorosa ordem cronológica de pagamento, sob pena de condenar-se por crime o servidor ou o ordenador de despesas [5]. Havendo inadimplência, a cobrança, diferentemente do que ocorre com o particular, pode resvalar para as profundezas do regime do precatório [6] e levar a ruína financeira da empresa.

Assim como servidores, as empresas também sofrem pressão para conquistar os negócios. O regime da licitação e da competição. Guiados por regras detalhadamente previstas em lei, definem-se esses procedimentos de seleção da proposta mais vantajosa. Nem sempre, porém, a proposta mais vantajosa será a vencedora.

Como a licitação é juridicamente qualificada de "*procedimento formal*" [7] e o agente encarregado de julgar a licitação deve fiel observância à regra posta publicamente para a licitação, devendo se curvar-se ao denominado princípio da vinculação ao edital podem alguns detalhes eliminar a proposta mais vantajosa.

E, se ultrapassada a fase no âmbito da Administração Pública, podem advir novos entraves.

Recente caso concreto ilustra muito bem o "algo a mais" que pode ocorrer após uma empresa ter sido declarada vencedora numa licitação. A licitação desse caso inicia-se em 2018, com o pregão nº 9 de uma empresa estatal de grande porte.

Determinada empresa dedicada à terceirização de mão de obra, após ter apresentado a proposta mais vantajosa e provar a habilitação foi declarada vencedora, enfrentando os habituais recursos e diligências.

O contrato foi assinando com a empresa estatal promotora da licitação em 3 de julho de 2019. Estaria nesse momento encerrada discussão sobre a licitação? Cabe esclarecer que nesse processo houve recursos do julgamento e o pregoeiro, atentamente, procedeu a diligências para comprovar a veracidade dos documentos. Declarou, inclusive isso no processo, mas talvez não tenha juntado provas cabais da diligência. Ou seja, não foi rigoroso com a prova já obtida, crente de que sua informação e início de prova juntadas seriam suficientes [8].

Irresignado com o resultado, um licitante concorrente representou ao Tribunal de Contas da União alegando que o acervo técnico não satisfazia o edital e teria sido apresentado

atestado falso. Repetiu os argumentos apresentados ao pregoeiro. Num exame preliminar, que é próprio dessa fase processual, o TCU considerou existir motivos suficientes para anular a habilitação da empresa vencedora. A empresa recorreu da decisão ao TCU.

Nada obstante, a estatal decidiu dar cumprimento à decisão do TCU que anulou o julgamento e, por consequência, a empresa perderia o contrato. Dessa decisão, a empresa ingressou com recurso administrativo demonstrando que não lhe foi dada a ampla defesa. Em 19 de agosto o recurso foi negado.

Note aqui a incoerência. Se a estatal ao revés tivesse considerado que seus empregados estavam certos, deveria ter recorrido também da decisão do TCU. Preferiu o caminho mais confortável de não lutar pelo direito. Seus empregados poderiam ter sido punidos pela prática do ato ilegal.

Um conselho importante para os servidores e empregados públicos que trabalham com licitação: em qualquer instância que seus atos estiverem sendo questionados, os servidores têm direito de apresentar suas argumentações e fundamentação. E, você sabe quando está sendo citado, porque o seu CPF integra o acórdão. Afinal, cada um tem seu CPF e se a instituição não defende os atos, mas simplesmente acata, expõe a severa punição aqueles que praticaram os atos, crendo na correção e no perfeito amparo legal.

Dessa decisão que negou o recurso a empresa judicializou o caso, para impedir a rescisão arbitrária mostrando que, no âmbito do próprio TCU, a decisão da estatal foi precipitada pois pendia exame de recurso com efeito suspensivo. Aliás, também poderia ser revista na esfera administrativa se lhe fosse dado o direito a ampla de defesa e ao contraditório.

Nesse âmbito, a empresa não conseguiu no primeiro momento mostrar a correção do julgamento do pregoeiro [9]. Aliás, teve sua *situação agravada* pois era evidente inclusive a diferença das assinaturas de quem emitiu atestado.

Em decorrência, o TCU puniu com declaração de inidoneidade.

Em fase de razões de justificativa, a empresa apresentou apenas uma nota fiscal que possuía relação com o atestado considerado falso. Com austeridade o TCU entendeu que o documento não comprovava o período de execução do serviço previsto no atestado questionado e, somados com as assinaturas distintas do emissor do atestado, apenas reforçava a falsidade do documento. Em recurso, momento em que o escritório começou a atuar, foram juntadas mais duas notas fiscais e a declaração do emissor do atestado confirmando que possuía assinaturas distintas.

O TCU, julgando o pedido de reexame, à vista das novas provas, evoluiu seu entendimento e retirou a sanção de declaração de inidoneidade. Ainda no julgamento, porém, o TCU considerou que as notas fiscais não comprovavam a totalidade do serviço indicado no atestado, motivo pelo qual não o considerou para comprovação da qualificação técnica na licitação.

Em sede de embargos, após o cliente conseguir todas as notas fiscais relacionadas ao atestado — com o antigo contador, com base no princípio da verdade material, foi requerido efeito infringente para reforma do acórdão recorrido. Em última decisão, o TCU admitiu que os documentos apresentados pela empresa comprovaram o período de execução do serviço indicado no atestado, tornando sem efeito a determinação de anulação do contrato com a estatal.

Ocorre que, ao contrário da aparente extemporaneidade de juntada, esses documentos já constavam dos autos. Por isso, em sede de embargos de declaração foi sanada a impropriedade e corrigido o acórdão, tornando-se, então coincidente com o julgamento inicial do pregoeiro.

Agora, em 3 de setembro o processo no âmbito do TCU encerrou-se. Não foi expedida ordem para manter o contrato, mas é corolário natural da decisão de não anular a licitação.

Decorreu pouco mais de um ano da assinatura do contrato, que foi mantido porque o controle respeitou os princípios do contraditório e da ampla defesa. Felizmente o TCU agiu com prudência, mas também com celeridade.

Para a empresa não é suficiente *apresentar* a proposta mais vantajosa; para o servidor não é suficiente *julgar* a proposta mais vantajosa.

No regime vivenciado na atualidade é necessário que cada lado da licitação, agentes públicos e empresários, tenham consciência que é necessário esclarecer, diligenciar, recorrer quando o Direito e os princípios estiverem coerentes com as decisões tomadas.

Um novo encargo que se impõe a todos, decorrente do regime republicano, numa perspectiva que todos se sentem autorizados a questionar os atos da Administração Pública e atuar como controlador.

É uma linha intermediária, não é a linha de chegada. Isso porque aos novos custos acrescidos haverá de haver uma evolução para que sejam também responsabilizados os que promovem denúncias e representações formando uma lide temerária.

O adequado equilíbrio dos limites dos direitos e do abuso desses é um ideário constante do regime democrático e republicano.

[1] <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/07/governo-flexibiliza-regras-para-licitacoes-e-contratos-durante-pandemia>.

[2] Governança em logística pública no enfrentamento à Covid-19. Editora Fórum.

[3] <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/10/governo-do-rj-gasta-r-1-bilhao-em-contratos-sem-licitacao-para-combate-a-covid-19.ghtml>.

[4] <http://www.senado.leg.br/atividade/comissoes/sessao/disc/disc.asp?s=000500/13>

[5] Q. cfr. Art. 5º e 92, in fine da Lei nº 8.666/1993.

[6] “Precatórios são requisições de pagamentos decorrentes da condenação de órgãos públicos e entidades governamentais em processos nos quais não há mais possibilidade de apresentação de recurso contra a sentença. A importância do tema é dada, em boa parte, pela magnitude das cifras envolvidas. De acordo com estimativas do Fonaprec, os precatórios a serem pagos por estados e municípios somam atualmente R\$ 141 bilhões”. <https://www.conjur.com.br/2019-dez-06/cnj-publica-novasregras-pagamento-precatorios> XXX coloque aqui o valor que a Uni~]ao tem com precatório.

[7] Q. cfr. Art. 4º da Lei nº 8.666/1993.

[8] Início de prova: juntou Notas fiscais referente ao atestado alegadamente falso.

[9] Acórdão 1.609/2019 – Plenário.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é um dos sócios fundadores do escritório Jacoby Fernandes e Reolon Advogados Associados e mestre em Direito Público. Foi procurador do Ministério Público, juiz e conselheiro.

Revista **Consultor Jurídico**, 19 de setembro de 2020, 16h15