

Em 11 de agosto de 2009.

Processo nº E – 09/2083/0010/2009

Contratação de Aeronave Blindada, no Exterior, por Inexigibilidade de Licitação – Representante Comercial Exclusivo – Definição do Bem como Singular – Contrato que Reproduz Cláusulas de Instrumento Anterior, que Teve por Objeto a Aquisição de Aeronave com as Mesmas Características – Verbas Oriundas de Convênio Envolvendo a União e o Estado, para Cooperação na Ampliação da Atividade de Aviação de Segurança Pública – Advertências em Relação a Precedentes do Colendo TCU e Decorrentes de Comparação com a Minuta-Padrão de Compras da PGE – Inviabilidade de Competição e Conceito Jurídico Indeterminado – Interpretação Privativa do Administrador – Necessidade de Justificativa da Escolha do Contratado, do Preço e da Situação que Autoriza a Contratação Direta, a Ser Submetida a Ratificação e Publicação.

Senhora Procuradora-Geral,

I

Em 26 de novembro de 2008, o Tenente-Coronel Comandante da Polícia Militar Marcius Pinho Tinoco encaminhou ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Segurança José Mariano Benicá Beltrame ofício (fl.1), no qual solicita a aquisição de aeronave nos moldes do *estudo comparativo* feito às fls. 02/35. Informa, ainda, que a aeronave “selecionada” teria sido recentemente *adquirida para a Polícia Civil* do Estado do Rio de Janeiro.

Importa ressaltar que a referida *pesquisa* classificou alguns helicópteros que chegaram à avaliação final (fls. 13-14) segundo *critérios* graduados entre “ótima”, “boa”, “regular” e “insuficiente”, como consta nas tabelas 5.1 (fls. 21), 5.3 (fls. 25) e 5.5 (fls. 27).

Concluída a pesquisa (fl. 36), o Exmo. Sr. Secretário de Estado de Segurança criou, pela Resolução SESEG nº 162 de 02 de dezembro de 2008, *comissão de trabalho para analisar, avaliar, propor e acompanhar o processo de aquisição* de (01) um *Helicóptero Blindado* para uso da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

Dois dias depois, em 04 de dezembro do mesmo ano, a comissão ratificou os *pareceres* que instruíram o Processo nº E-09/0146/0003/2007, que tratou da aquisição da aeronave modelo HUEY II para a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Informou que foram *avaliados aspectos técnicos e valor de mercado de diversos tipos de helicópteros*, pelo que a *relação custo/benefício* já se mostrava suficientemente demonstrada naquele processo (fl. 37).

Em despacho de 18 de dezembro de 2008 (fl. 38), o Chefe de Gabinete da Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, Sr. Hélio Pacheco Leão, considerando os relatórios supramencionados e a necessidade da aquisição de um helicóptero que possua potência para equipagem com blindagem, solicitou ao Exmo. Secretário de Segurança a *abertura do procedimento de compra*.

Ato contínuo à autorização (fl. 41), o Sr. Edval Novaes Junior, Subsecretário de Modernização Tecnológica despachou à Superintendência de Coordenação e Integração para “*produzir Projeto Básico, Plano de Trabalho, fazer pesquisa mercadológica e iniciar o processo administrativo de compra*”.

Em seguida, como se depreende das fls. 42 e ss., a pesquisa mercadológica limitou-se ao envio de *um* pedido de proposta. Foi consultada a TAM TÁXI AÉREO MARÍLIA S/A (fls. 42-45), com resposta discriminada às fls. 46-61.

Em 18 de março de 2009, o Tenente Coronel Comandante da Polícia Militar Marcius Pinho Tinoco enviou comunicado ao Chefe de Gabinete da SESEG, Sr. Marcelo Montanha, no qual informava a diminuição do preço em razão da mudança da proposta feita pela TAM TÁXI AÉREO MARÍLIA S/A, economizando aos cofres públicos US\$ 1.168.217,00 (hum milhão, cento e sessenta e oito mil, duzentos e dezessete reais). Anexo a esse comunicado, há um documento enviado pela referida empresa ao Sr. Marcius Pinho Tinoco, assinado pela Gerente Comercial Lismar Marques da Silva, que informa que:

Essa reunião (com o Chefe de Gabinete da Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado do Rio de Janeiro) foi planejada e solicitada pelo Sr. Marcio, como uma das providências decorrentes da determinação do Exmo. Sr. Governador do Estado, para que fosse desenvolvido um projeto de aquisição de mais duas unidades do helicóptero HUEY II junto ao fabricante.

Basicamente, na reunião tratou-se da configuração desejada e imaginada para um dos helicópteros, especificamente o da Polícia Civil, definindo-se os acessórios e equipamentos necessários a sua operação, bem como o treinamento para os pilotos daquele Serviço Aereopolicial.

Imaginamos que tal configuração seja também adequada à Polícia Militar do Rio de Janeiro.

Em 30 de abril de 2009, o Superintendente de Coordenação Integrada da Subsecretaria de Modernização e Tecnologia da Secretaria de Segurança encaminhou manifestação à Subsecretaria de Gestão Estratégica (fls. 89-90), no qual ressalta que *a compra do Modelo HUEY II seria a única possível, já que a Polícia Civil do Estado*

do Rio de Janeiro já haveria adquirido aeronave idêntica e que os resultados obtidos pela PCERJ justificariam e comprovariam a escolha da PMERJ.

A manifestação menciona ainda que:

Observa-se, assim, que o expediente envolve a existência, somente, de um equipamento em condições de atender ao interesse público, vez que demonstra ser esta aeronave portadora de tal complexidade que a individualiza, tornando-a única na espécie, conforme demonstrado na tabela comparativa 5.5, fls., que avaliou e comparou as seguintes aeronaves:”.

Foram, então, apresentados o *Projeto Básico* (fls. 91/98) e o *Plano de Trabalho* (fls. 99-105), bem como a “*Relação de bem permanente a ser adquirido*” (fls. 106-109).

Constam dos autos *proposta* de celebração de *Convênio* com a *União* para a aquisição de aeronave para a Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro (fl. 112) e respectivos documentos (fls. 113 a 141).

No que concerne ao item “Pesquisa Mercadológica”, se menciona, apenas, a proposta encaminhada pela TAM TÁXI AÉREO MARÍLIA S/A. / BELL HELICOPTER - fl. 130.

Em 06 de maio de 2009 foi emitida manifestação pelo Superintendente de Apoio Logístico e Serviços Diversos (fls. 142-144), sugerindo a *oitiva da PCERJ, quanto ao desempenho da aeronave*. O objetivo seria para apontar possíveis falhas, já que a compra está pautada no desempenho daquela aeronave e que as condições de realização dos cursos de capacitação dos pilotos deveriam ser melhor detalhadas, informando-se o local da realização, o conteúdo, a quantidade máxima de alunos etc.

Em seguida, a Diretoria Comercial da TAM Táxi Aéreo Marília S.A. apresentou *prorrogação da proposta* até 18 de maio de 2009.

Foram anexadas cópias (fls. 147-155) do Processo Administrativo nº E-09/0146/0003/2007, que versou sobre a compra do helicóptero similar ao ora pretendido pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Às fls. 156-159 constam os atos realizados pela ANAC, que viabilizariam a importação do referido helicóptero.

Finalmente, consta a *Declaração de Exclusividade de Representação* da BELL HELICOPTER TEXTRON INC. por parte da TAM – TÁXI AÉREO MARÍLIA S/A, atestada pela Associação Brasileira de Aviação Geral (fl. 160), bem como diversas certidões de regularidade fiscal (uma certidão positiva com efeito de negativa), empresarial, de representação da BELL HELICOPTER etc (fls. 161 a 182).

A Exma. Sra. Subsecretária de Gestão Estratégica Suzy Avellar emitiu manifestação na qual considera a “*inviabilidade de competição*” (fls. 183-184).

Foi, então, apresentada a *Nota Técnica nº 002/2009 – CGATEC/SENASP/MJ – PRONASCI*, (fls. 185-189) na qual constam análises pertinentes, reiteradas no Parecer s/n. exarado pelo Procurador do Estado, Dr. Marcos Nasseh Tabet, (fls. 191-195) que ressaltam a *necessidade de buscar, em processo próprio, opções de aeronave com configuração que atenda às necessidades expostas pelo proponente (Estado do Rio de Janeiro) de forma a comprovar a inviabilidade de competição inicialmente indicada, ou, pelo menos, no caso de justificada a necessidade da aeronave específica, apresentar a compatibilidade dos preços com o praticado no mercado*.

Firmado o *Convênio*, com participação da *União* e do *Estado do Rio de Janeiro*, visando à cooperação na ampliação da atividade de aviação de segurança pública da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, a *União (Concedente)* fez um repasse de verbas na ordem de R\$ 11.828.324,66 (onze milhões, oitocentos e vinte e oito mil, trezentos e vinte e quatro reais e sessenta e seis centavos), e o Estado do Rio de Janeiro (*Conveniente*) aportou R\$ 241.394,39 (duzentos e quarenta e um mil, trezentos e noventa e quatro reais e trinta e nove centavos) – fls. 247/257.

A minuta de Contrato a ser firmado entre o *Estado do Rio de Janeiro* e a empresa TAM TÁXI AÉREO MARÍLIA S/A prevê as diversas obrigações a serem realizadas pelas partes (fls. 236-246).

Basicamente, as principais obrigações da *Contratada* reproduzem contrato anterior já firmado, para objeto idêntico, podendo ser assim resumidas:

- 1- “Intermediar a aquisição de um Helicóptero Bell Huey II, oriundo da fábrica, na sua configuração standard, junto à Bell Helicopter Textron, Inc., com sede em Fort Worth, Texas, Estados Unidos da América (EUA)”;
 - 2- “Intermediar a customização do mencionado helicóptero, ora definida como sendo a instalação dos acessórios, instrumentos de voo, navegação, comunicação e equipamentos para operações policiais e blindagem, junto à Edwards & Associates, Inc., com sede em Piney Flats, Tennessee, EUA, sendo o helicóptero devidamente customizado”;
 - 3- “Fornecer gratuitamente à Contratante as seguintes publicações, com certificações do fabricante: manual de manutenção, revisão geral e reparo de componentes; catálogo ilustrado de peças; instruções de serviço; boletins técnicos; serviços boletins de alerta; manuais de dados de fornecedores secundários; operacionais e manual de voo”;
 - 4- “Fornecer os equipamentos de apoio às operações aéreas”.
- É o relatório.

1. A contratação por inexigibilidade

Em regra, os órgãos e entidades da Administração Pública se submetem ao dever de licitar, previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição. O dispositivo, que trata da Administração Pública, impõe à administração direta, autárquica, fundacional e às empresas públicas e sociedades de economia mista o dever de precederem seus contratos de licitação:

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

Em resumo, os órgãos e entidades *que integram a Administração Pública*, direta e indireta, por estarem sujeitos aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência – contidos no *caput* do artigo 37 da Lei Maior – bem como ao princípio da economicidade – previsto no artigo 70 da mesma Carta – estão obrigados a precederem seus contratos de licitação, ressalvadas as hipóteses estabelecidas em lei.

A Lei nº 8.666/93, em seus arts. 17, 24 e 25 prevê a possibilidade de contratação sem licitação.

As hipóteses previstas no artigo 25, da Lei nº 8.666/93 são fáticas e não jurídicas.

Nessas situações, o administrador, para realizar a contratação direta, deve avaliar, no caso concreto, a impossibilidade de competição, de modo a que o interesse público só possa ser atendido por meio da contratação direta.

Como leciona MARÇAL JUSTEN FILHO¹:

A ideia de seleção entre particulares envolve, por outro lado, uma pluralidade de alternativas aptas a satisfazer o interesse sob tutela estatal. Selecionar significa escolher e tal depende da existência de mais de uma opção. Quando não há pluralidade de opções, não existe sentido em aludir a escolha. Quando se trata de contratação administrativa, *a licitação adquire sentido*

quando for possível satisfazer os interesses perseguidos pelo Estado através de diferentes alternativas. (os grifos não são do original).

Na hipótese em exame, se aponta nos autos que apenas um fornecedor pode atender o interesse público específico, qual seja, a segurança por meio de aeronave blindada, com características especiais para tal função. Para tanto, os autos registram a existência de relatórios, comissões, reuniões, avaliações, classificações, adotando critérios que, embora possam, em algum momento parecer subjetivos, envolvem aspectos técnicos.

Sobre tais fatores o órgão jurídico não tem a formação adequada para opinar. Cabe, pois, apenas, advertir quanto à necessidade de a discricionariedade na definição das especificações desejadas se pautar pela razoabilidade, de modo a não singularizar desnecessariamente um objeto, a ponto de tornar a licitação inexigível por questões caprichosas.

Ao que parece, os autos trazem um conjunto de elementos que nortearam a escolha, valendo destacar a compra de idêntica aeronave pela Polícia Civil, cujo contrato é praticamente reproduzido neste processo.

Destarte, em se chegando à conclusão de que seria absolutamente inviável a competição, é autorizada, pelo ordenamento jurídico, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação.

A orientação já consolidada nesta PGE e na doutrina é no sentido de que *a inviabilidade de competição é conceito jurídico indeterminado, que exige a interpretação privativa do administrador.*

Mas a contratação direta não prescinde da sua necessária formalização.

Ainda que seja manifesta a necessidade da contratação direta (como já relatado nos autos), devem ser atendidos os requisitos para sua formalização, justificando-se, nos autos do processo de contratação, por ato formal, a situação que dá origem ao afastamento da regra geral da licitação, a razão da escolha do contratado e o preço praticado no instrumento contratual.

Tal *justificativa*, com essas informações, deve ser submetida a uma *ratificação*, a ser devidamente publicada.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União² vem se manifestando reiteradamente, como se vê da presente ementa:

Em qualquer contratação efetuada com dispensa de licitação, observe, com rigor, o disposto no artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, de modo que sejam devidamente justificados os motivos da escolha do fornecedor ou executante e os preços pactuados

O roteiro para tanto se encontra no art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

Esta é uma tarefa que não pode ser suprida ou exercida pelo órgão jurídico.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 272

² Decisão nº 30/2000, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira

Em outras palavras, o órgão jurídico não define nem aprova as especificações técnicas do bem a ser adquirido; apenas pode mencionar que tais especificações devem existir, como forma de caracterizar o objeto, devendo, ainda, o órgão jurídico alertar quanto ao risco de especificações excessivas singularizarem o objeto a ponto de frustrarem a licitação; há um limite de razoabilidade que deve ser observado no exercício da discricionariedade administrativa em especificar o objeto.

Vale reiterar a orientação do Procurador do Estado Marcos Nasseh Tabet, (fls. 191-195) ressaltando a necessidade de se buscar opções de aeronaves com configuração que atenda às necessidades expostas pelo proponente de modo a comprovar a inviabilidade de competição.

Igualmente, não cabe ao órgão jurídico fazer pesquisas de mercado ou aprovar orçamentos. A ele cabe mencionar que a pesquisa e o orçamento estimado do contrato constem dos autos e que reflitam a realidade do mercado, sob pena de responsabilização pelos prejuízos causados ao Erário.

2. Advertências em relação à formalização da contratação direta

Por ocasião da realização do Convênio entre o Estado do Rio de Janeiro e a União, foi emitida a Nota Técnica nº 002/2009 – CGATEC/SENASP/MJ, às fls. 185-188, que, no PLANO DE TRABALHO, item III.2, fez a seguinte ressalva:

“não foi possível verificar-se a compatibilidade do valor requerido com o praticado no mercado, tendo em vista a apresentação da única proposta em sede de pesquisa mercadológica. O Estado deverá buscar, em processo próprio, outras opções de aeronave com configuração que atenda às necessidades expostas pelo proponente de forma a comprovar a inviabilidade de competição inicialmente indicada, ou, no caso de justificada a necessidade da aeronave específica, apresentar a compatibilidade dos preços com o praticado no mercado (inc. XX do § 1º do art. 1º da Portaria Interministerial CGU/MP/MF nº 127/2008), através de outras contratações realizadas (como o exemplo citado no contrato nº 36/SESEG/2007), conforme orientação jurisprudencial da Colenda Corte de Contas da União e Orientação Normativa nº 16/2009 da Advocacia-Geral da União”.

Ressalta-se que da análise das decisões anteriores do TCU³ acerca da matéria, é possível constatar que existem outras empresas fornecedoras de helicópteros no país, e que, inclusive, já contrataram com outros órgãos da Administração Pública. Cite-se

3 As decisões são mencionadas no Acórdão nº 2406/2006 – Plenário – TCU (em anexo ao Parecer)

como exemplo as seguintes empresas: Helibras que já forneceu aeronave à Secretaria de Estado da Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso – Sejustp/MT, a Aeromot Indústria Mecânica Metalúrgica S.A. que já forneceu aeronaves para o Comando da Aeronáutica – Diretoria de Material Aeronáutico e Bélico, a empresa Maule do Brasil, representante da Cirrus Design Corp no país, a empresa Burkhart Grob Flugzeugbau GmbH & Company entre outras.

Assim, é importante verificar se as demais empresas que operam no Brasil no fornecimento de helicópteros foram efetivamente contactadas/notificadas para participarem da pesquisa de mercado que foi realizada e se as demais concorrentes de fato não preencheram as especificações técnicas indicadas no edital, pois, como se verifica dos autos, apenas uma empresa ofereceu sua proposta.

Igualmente recomendável seria o pronunciamento da ANAC sobre quais modelos/fabricantes atenderiam às especificações do edital em relação aos itens licitados. No caso de um único modelo atender tais exigências, o estudo técnico deveria apontar quais requisitos estariam limitando a compra junto a um único fornecedor.

Isso se torna ainda mais relevante, na medida em que há cláusula contratual isentando a contratada de responsabilidade no caso de a aeronave não poder ser registrada ou entrar em operação (adiante destacada).

Nesse sentido, o plenário do TCU já determinou a outros órgãos da Administração – interessados em adquirir aeronaves – que apresentassem razões de justificativa nas situações em que a indicação da existência de uma única aeronave capaz de atender as especificações técnicas do edital não se afina com o banco de dados de aeronaves da ANAC; isso para evitar indícios de que as exigências impostas no edital poderiam levar a exclusão de outras empresas fornecedoras, tal como ocorreu na hipótese do Acórdão nº 1754/2006.

Destarte, é fundamental frisar que as especificações técnicas indicadas no edital para identificação do produto perquirido não podem direcionar a licitação para uma única empresa fornecedora. O TCU lista, como exemplo, exigência de potência máxima para a decolagem; exigência quanto à velocidade de cruzeiro da aeronave; exigência quanto à fabricação totalmente em material composto, categoria de certificação e teto de serviço para as aeronaves; obrigação de treinamento em local específico e exclusivamente em território nacional; exigência de prazo exíguo para a realização da manutenção e reparos da aeronave, colocando-a em perfeito estado de funcionamento.

Em síntese, é preciso que as exigências e especificações não se enquadrem no conceito de “exigências desarrazoadas” – isso, o órgão jurídico não tem condições de aferir.

Importante destacar, ainda, que a Administração que restrinja as exigências técnicas a características analisadas em estudo técnico que comprovem a sua necessidade; isso, além de ampliar o campo de possíveis fornecedores, possibilita a obtenção de uma proposta mais vantajosa para a própria Administração.

Como visto, a Corte de Contas já firmou entendimento de que as especificações técnicas devem restringir-se apenas a exigências estrita e comprovadamente *indispensáveis* ao atendimento das necessidades da Administração.

Nesse sentido, o plenário do TCU, ao analisar situações semelhantes no Acórdão nº 2406/2006, para aquisição de aeronave pela Coordenadoria-Geral de Logística do Ministério da Justiça (CGL-MJ), fez as seguintes ressalvas:

“9.5. determinar à Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça e à Secretaria Nacional de Segurança Pública que, nas próximas licitações:

9.5.1. *fundamentem as exigências técnicas com base em estudo técnico comprovando a sua necessidade, em particular no que se refere à aeronave para instrução elementar em relação à:*

9.5.1.1. *certificação na categoria normal e teto de serviço máximo, considerando a finalidade da aeronave em atendimento ao art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 3º, § 1º, inciso I, da mesma Lei;*

9.5.1.2. *fabricação totalmente em material composto, ponderando a diferença de preço entre aeronaves de material metálico e a de material composto e as vantagens e desvantagens de cada tipo de aeronave de acordo com as necessidades da Administração, objetivando-se a opção mais vantajosa;*

9.5.2. *abstenham-se de contratar por inexigibilidade quando houver viabilidade de competição, a exemplo dos aviões de instrução objetos da categoria 4 do Pregão nº 21/2006;*

9.5.3. *inclua nos contratos a serem firmados cláusulas prevendo sanções por eventuais descumprimentos do ajuste pela contratada, especialmente no que se refere a prazos para manutenção e reparos dos bens adquiridos;*

9.5.4. *quando da análise das propostas, atente para o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, abstendo-se de aprovar propostas desconformes com o edital;*

9.5.5. *restringa a fixação de período máximo para conserto e manutenção de aeronaves a prazos tecnicamente justificados e comprovadamente exequíveis, ante a natureza do serviço necessário, limitando a exigência de prazos menores a situações e períodos excepcionais, a exemplo dos Jogos Pan-americanos;*

9.5.6. *inclua no edital planilha contendo o orçamento detalhado (preço de mercado) em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários;*

9.5.7. *ao realizar pesquisas de preços, informe aos potenciais fornecedores sobre as isenções de impostos existentes, as exigências e vedações previstas para o edital da licitação, a fim de evitar uso de cotação de preço com dados distorcidos;*

9.5.8. *nas pesquisas de preço para subsidiar procedimentos licitatórios, proceda a cotação abrangente das opções de*

mercado, inclusive considerando preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, conforme o disposto no art. 15, inciso V, da Lei nº 8.666/1993;

9.5.9. *abstenham-se, com base no art. 15, § 7º, I, da Lei nº 8.666/1993, de identificar a marca, exceto se sua indicação servir como parâmetro de qualidade e facilitar a descrição do objeto e desde que seguida, por exemplo, das expressões ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ e ‘ou de melhor qualidade’, devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração (item 300);*

Vale também citar as recomendações feitas pelo Plenário do TCU no Acórdão nº 157/2008, em que o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal da mesma forma realizou procedimento administrativo para aquisição de aeronave, senão vejamos:

“9.5. determinar à Sucom/SEF que, em futuras licitações:

9.5.1. *faça constar dos processo as solicitações formais de cotação para efeito de estimativa de preços;*

9.5.2. *atente para o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, quando da análise das propostas, abstendo-se de aprovar propostas em desconformidade com o edital;*

9.5.3. *divulgue os avisos de retificações e reaberturas de editais nos mesmos meios e veículos utilizados para publicidade do texto original, em atendimento ao disposto no art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93;*

9.5.4. *quando da publicação de edital em diário oficial e/ou jornal de circulação local ou nacional, indique o objeto licitado de forma precisa e suficiente, nos termos do art. 40, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e Súmula nº 177 do TCU;*

9.5.5. *insira nos editais de licitação e respectivos avisos, quando se tratar de aquisições custeadas total ou parcialmente com recursos do Fundo Constitucional do Distrito Federal, a informação de que o recurso é federal e oriundo desse Fundo;*

9.6. *determinar ao Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal - CBMDF que:*

9.6.1. *em pesquisas de preços para subsidiar procedimentos licitatórios, proceda à cotação abrangente das opções de mercado, inclusive considerando preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, conforme o disposto no art. 15, inciso V, da Lei nº 8.666/93;*

9.6.2. *abstenha-se de realizar pagamento antecipado, em face do que estabelece o art. 62 da Lei nº 4.320/64, admitindo-se,*

contudo, em caráter excepcional, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual, nas hipóteses previstas no art. 38 do Decreto nº 93.872/86;”

Por fim, cumpre advertir que o TCU – como na decisão retro – já se posicionou no sentido de que a Administração deve se abster de contratar por inexigibilidade quando houver viabilidade de competição. Alertou que o fato de todas as compras de tais modelos pela Administração federal ou estadual terem sido realizadas por meio da inexigibilidade de licitação não pode servir de exemplo para futuras contratações, isto porque, há, no mercado brasileiro, outras empresas fornecedoras de aeronaves similares que talvez possam atender aos requisitos indicados no edital.

3. Advertências em relação às cláusulas contratuais

Passando à análise da minuta de contrato elaborada pela ASJUR/SESEG, deve ser destacado que o parâmetro utilizado para o exame de adequação foi a comparação com o instrumento contratual já firmado pela Polícia Civil, no âmbito do Processo Administrativo nº E-09/0146/0003/2007, bem como a Minuta-Padrão da PGE para compras de bens, editada por meio da Resolução PGE nº 2087 de 28 de outubro de 2005.

Nesse passo cabe esclarecer que a minuta em exame reproduz, praticamente, todo o instrumento anterior.

Feitas estas colocações, são considerações que devem ser apontadas da minuta de contrato:

- Cláusula primeira - não consta que o bem é “oriundo de fábrica”, tal como no instrumento anterior, embora tal expressão seja mencionada na cláusula quinta, alínea “a”, quando são expostas as obrigações da contratada;
- cláusula terceira – não consta o valor equivalente a US\$ 4.281.300,00, conforme o contrato anteriormente celebrado para a aquisição do mesmo objeto; há previsão de curso de treinamento para duas pessoas a mais do que no primeiro contrato, conforme se verifica da cláusula 6ª da minuta de contrato; isso não pode ser tão decisivo a ponto de se variar muito o preço em relação aos valores já praticados em contrato anterior para objeto idêntico;
- cláusula terceira, parágrafo segundo – conflita com a cláusula nona, parágrafo primeiro da minuta de contrato, que adota a orientação do art. 71 da Lei 8.666/93; é legítimo negociar o repasse econômico da carga tributária, mas isso deve ficar explícito, para não gerar um contencioso desnecessário;

a obrigação de incluir os tributos e encargos no preço é matéria legal; o que se pode pactuar é que seja destacado o valor para ressarcimento específico; aí entraria no plano da discricionariedade (autonomia contratual da Administração);

- cláusula quinta, alínea “b” – foi acrescentado “sendo o helicóptero devidamente customizado”, que não constava da redação da mesma cláusula no contrato anteriormente celebrado; trata-se de matéria negocial, mas que aponta que o item a ser adquirido necessita dessa adequação aos interesses do Estado comprador – o que reforça a necessidade de a justificativa apontar porque outras aeronaves, passando pela mesma “customização”, não se prestam ao atendimento do interesse público, num processo competitivo;
- cláusula quinta, alínea “g” – há previsão de que, após a assinatura do contrato, seja iniciada pela contratada a “gestão para desenvolvimento dos projetos de engenharia para a configuração do Helicóptero, bem como as atividades para a execução dos serviços objeto deste contrato”; há que se esclarecer a forma pela qual, objetivamente, se cumpre tal obrigação;
- cláusula quinta, alínea “h” – deve ser acrescentado o adjetivo “exclusiva” após a palavra “representante”; o representante **exclusivo** é um dos relevantes fatores que autorizam a contratação direta na hipótese em exame;
- cláusula quinta, alínea “j” – há a previsão de que a contratada deverá fornecer “equipamentos de apoio”, mas não há qualquer menção de quais seriam tais equipamentos; deve ser objetivada a cláusula, de modo a viabilizar o correto cumprimento da obrigação;
- cláusula sexta – há o aumento do número de pilotos para o curso de treinamento em relação ao contrato anteriormente celebrado; se tal fator modificar o preço já praticado na compra anterior, deve haver a correspondente justificativa;
- cláusula sétima – falta a identificação dos códigos orçamentários de despesas; há recomendação do TCU no sentido de que conste que os recursos são oriundos de convênio com a União Federal; isso poderá ensejar uma fiscalização daquela Corte, acerca da correção no emprego das verbas federais; a análise do TCU, por razões de coerência, deve ser feita à luz da sua jurisprudência; daí as advertências já feitas acima;
- cláusula oitava, parágrafo primeiro – os dois representantes indicados pela contratante para a execução e fiscalização

do contrato são de órgãos diversos; embora o tema não seja jurídico, talvez fosse recomendável envolver agentes que já atuaram no recebimento anterior, no mínimo como uma comissão de apoio, dada a complexidade do bem envolvido na contratação (vide manifestação do Superintendente de Apoio Logístico e Serviços Diversos – fls. 142-144 – sugerindo a oitiva da PCERJ, tendo em vista ser o desempenho anterior outra importante justificativa para a contratação direta);

- cláusula oitava, parágrafo terceiro – só é prevista a recusa por “danos decorrentes do traslado”; isso não é compatível com os arts. 73 e 74 da Lei nº 8.666/93, que prevê que qualquer dano ou incompatibilidade entre o bem contratado e o recebido ensejam a recusa; é bem verdade que já terá havido o recebimento provisório antes do traslado; deve, pois, a autoridade contratante atentar para esse aspecto, que se reveste de grande polêmica, explicitando as etapas e responsabilidades decorrentes do recebimento do bem antes do traslado;
- cláusula décima – é previsto um “sinal”, o que é polêmico em relação ao disposto no art. 63, § 2º, III – que prevê que o pagamento deve ser precedido da liquidação e esta deve ser instruída com o comprovante da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço; claro que tal dispositivo nem sempre se afina com o disposto no art. 15, I, da Lei nº 8.666/93, que estabelece que as compras devem ser compatíveis com as práticas do setor privado;
- cláusula décima, parágrafos segundo e quarto – é previsto num prazo maior que o da minuta-padrão e que o contrato anterior para pagamento e para reapresentação da nota – o prazo é de 30 dias e foi estabelecido um período de 5 dias para tais atos; parece tratar-se de matéria negocial, que, no entanto, deve refletir uma praxe de mercado;
- cláusula décima segunda, parágrafo primeiro – admite que a penalidade de declaração de inidoneidade seja fixada por autoridade diversa daquela já prevista na legislação estadual e nos enunciados desta PGE; o assunto não parece ter maior importância no caso em exame, mas deve se ressaltar que este órgão tem posição diversa já firmada para o tema.
- cláusula décima segunda, parágrafo quarto – exige-se que seja provada “culpa exclusiva da contratada” para a imposição de multa administrativa; difere da literalidade da minuta-padrão, mas decorre de uma interpretação já acolhida por boa parte da doutrina;

- cláusula décima segunda, parágrafo quinto – justifica que o valor da multa de mora é distinto daquele fixado na minuta-padrão por conta do elevado valor do contrato; trata-se de matéria negocial;
- cláusula décima segunda, parágrafo sétimo – deve ser indicada a motivação pela qual o bem adquirido não pode ser registrado ou operado, como forma de excluir a responsabilidade da contratada; do contrário, há contrato não cumprido ou não efetivado sem que haja qualquer penalidade;
- cláusula décima terceira, parágrafo terceiro – é prevista situação de não devolução do sinal, cuja admissibilidade já foi apontada acima como polêmica;
- cláusula décima quarta – diverge da minuta-padrão, impondo pena mais grave à contratada;
- cláusula décima sexta – não consta o teor do *caput* da cláusula 16ª da minuta-padrão, que trata da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido;
- cláusula décima nona – fixa prazo mais amplo que o da minuta-padrão e que no instrumento anterior para remessa ao TCE.

III

Por todo o exposto, apresentadas as advertências formuladas à luz da orientação do Colendo Tribunal de Contas da União, bem como da comparação das cláusulas contratuais com o instrumento anteriormente assinado e com a minuta-padrão desta PGE, opina-se, na linha dos precedentes desta PGE, no sentido de que a interpretação do conceito jurídico indeterminado “inviabilidade de competição” é privativa do Administrador, a quem cabe, ainda, a especificação do objeto, a definição das características e a aprovação dos valores e as respectivas formas de pagamento e garantias, devendo tudo estar compatível com a realidade e as práticas do mercado.

Enfim, ao órgão jurídico não cabe o exame das características do bem, suas especificações técnicas, a inadequação de outros bens ao atendimento do interesse público, bem como sua avaliação e exame da compatibilidade com os valores praticados no mercado. Ao órgão jurídico cabe, apenas, alertar para que tais especificações e valores constem dos autos, com as devidas justificativas. Se delas resultar a necessidade de contratação direta, por inviabilidade de competição, deve haver ratificação e publicação, tudo na forma do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Parte-se da premissa da presunção da legalidade, legitimidade dos atos administrativos que instruem estes autos.

Esta premissa se resume na noção de que apenas o bem descrito – idêntico a outro já adquirido com a mesma finalidade de apoio às ações de segurança pública – atende o interesse público.

Dessa premissa resultaria uma inviabilidade de competição.

Destarte, ao órgão jurídico cabe apontar que, a se confirmar as situações fática, técnica e econômica apontadas, o administrador encontraria amparo no art. 25, I, da Lei nº 8.666/93 – que autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Aprovo o Parecer nº 10/2009 de fls.386/398, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. Marcos Juruena Villela Souto.

Trata-se de processo que envolve a intermediação para a compra de helicóptero que vai auxiliar no exercício da atividade policial. A manifestação conclui que a singularidade do objeto e a inviabilidade de competição devem ser atestadas pela Secretaria de Estado de Segurança.

A se confirmar tal premissa, haverá embasamento legal para que o Administrador Público proceda à declaração de inexigibilidade de licitação, com base no art. 25 da Lei nº 8.666/93, sendo de sua livre apreciação, à luz dos documentos mencionados, a avaliação sobre o preenchimento de tais requisitos caracterizadores da situação inviabilizadora de competição.

Remarque-se que, no caso de se optar pela formalização da contratação direta, devem ser observados os requisitos previstos no art. 26 da Lei nº 8.666/93, em especial, a “justificativa do preço”, o ato de “ratificação” e a publicação.

Quanto às cláusulas contratuais, o parecer aponta que há algumas divergências para com a minuta-padrão desta PGE, mas reproduz contratação anterior para objeto idêntico, havendo um conjunto de aspectos negociais que devem ser objeto de reflexão pelo administrador que vai autorizar a despesa.

O contrato prevê cláusula de pagamento de um sinal que não é usual nos contratos da Administração. Afinal, a Lei nº 4320/64 prevê como condição para pagamento a liquidação da despesa e, para tanto, é necessária a prova do recebimento do objeto. Assim, é indispensável a inclusão de cláusula ou de anexo que descreva quais são os serviços prévios (ou prestados nos 10 dias iniciais, como prevê a cláusula em questão) a serem prestados pela futura contratada que justificariam o pagamento desta prestação, tendo em vista o disposto nos artigos 62 e 63 da Lei nº 4320/64¹.

Há cláusulas que envolvem aspectos negociais, como recebimento do objeto fora e treinamento fora do Brasil, risco do transporte pela contratada, que envolvem a discricionariedade do administrador.

Registre-se, por fim, que não se adentra, nesta análise jurídica, no exame dos documentos apresentados para a demonstração do atendimento dos requisitos, o que representa interpretação de conceito jurídico indeterminado, que cabe ao Administrador. Também não se adentra no exame da razoabilidade dos preços propostos, nem das obrigações negociadas, devendo ser feita pesquisa de mercado e com as praxes neste tipo de contratação singular.

À Secretaria de Estado de Segurança Pública.

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2009.

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS
Subprocurador-Geral do Estado

¹ Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.
Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.
§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:
I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
II - a importância exata a pagar;
III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.
§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:
I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
II - a nota de empenho;
III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.