

E-14/34.586/88
E-14/34.589/88
E-14/34.590/88

E-14/34.591/88
E-14/34.592/88
E-14/32.037/89
E-14/32.461/89
E-14/32.491/89
E-14/32.492/89
E-14/32.493/89
E-14/32.794/89
E-14/32.795/89
E-14/32.796/89
E-14/32.798/89
E-14/32.799/89
E-14/33.139/89

E-14/33.582/89

E-14/33.716/89
E-14/34.581/89
E-14/35.951/89

Filmes do Sol Ltda.
Cia. Nac. de Tecidos Nova América.
Com. de Pap. por preço sup. ao prat. p/mercado e venda de papéis p/preço inferior ao prat. p/mercado.
Cia. Pastoril do Rio Pardo Ltda.
Antonio A. Noronha Serv. Eng. S/A.
C.C.R. — Marpetro Consultoria e Part. Ltda.
COSIGUA.
Emp. Bras. de Solda Elétrica S/A
Terça Construtora Ltda.
Gretisa S/A
Eng. Arq. Const. Emaco Ltda.
Micron Ind. Com. de Móveis Ltda.
Transportadora Coral
Hotel Repouso Itatiaia Ltda.
Construtora Anápolis Ltda.
Mortec Ind. Aeronáutica Votec-Serv. Áereos Regionais.
Emp. Eng. e Const. de Obras Especiais S/A — ECÉX.
Cia. Fabril de Juta Parintins Fabriljuta
Reynaldo Jacyntho da Silva
Hering S/A Brinquedos e Instrumentos Musicais

Licitação — CEDAE — Concorrência Internacional n.º 1.103/89 (Sistema Marajoara) — Anulação Parecer da Comissão Especial Instituída pela Resolução n.º 492/89-PG.

Senhor Procurador-Geral:

A Resolução n.º 492/89-PG, publicada no Diário Oficial do Estado em 11.4.1989, instituiu comissão especial, integrada pelos Procuradores do Estado JOAQUIM TORRES ARAÚJO, HUMBERTO RIBEIRO SOARES e JOÃO MANOEL DE ALMEIDA VELLOSO para, sob a presidência do primeiro e, no prazo de 20 dias, dar parecer conclusivo sobre a observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, na licitação objeto do processo n.º E-19/302155/88, realizada pela CEDAE.

A Comissão Especial, em razão de não ser longo o tempo de que dispunha para desincumbir-se da tarefa que lhe foi confiada, encetou imediatamente o exame do processo de licitação e da documentação que o integra. Não se procedeu a diligências externas porque a documentação examinada forneceu, desde logo, elementos suficientes à produção do trabalho, o que ensejou, até mesmo, que se dispensasse parte do prazo inicialmente previsto.

O parecer da Comissão, elaborado pelo Procurador HUMBERTO RIBEIRO SOARES, com a participação dos demais componentes do colegiado, menciona aspectos da legislação de licitação e contratação, discorre sobre os antecedentes da concorrência em apreço, analisa o edital que regulou a matéria, aprecia o julgamento da licitação, e conclui recomendando a declaração da nulidade do procedimento licitatório por infrações ao ordenamento jurídico em vigor.

Ao submetê-lo à consideração de V. Exa., a Comissão Especial aproveita o ensejo para agradecer a honra que lhe foi dispensada.

Joaquim Torres Araújo

1) ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO SOBRE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO

1.1. Quanto à licitação e contratação dispôs a Constituição Federal nos seguintes termos;

“Art. 22 — Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
XVII — normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas do governo, e empresas sob seu controle”.

Ao Estado-membro impõe-se acatar, em tema de licitação e contratação, “as normas gerais” legisladas, e privativamente, pela União, para “todas as modalidades” e quanto à “administração pública, direta e indireta”.

No capítulo “Da Administração Pública” a Magna Carta expressa princípios a obedecer assim:

“Art. 37 — A Administração Pública direta, indireta ou funcional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....
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”.

De sorte que o tema licitação e contratação na Administração Pública, direta e indireta, inclusive estadual, assim com os princípios expressamente constantes do art. 37, “caput” e inciso XXI, por haverem ganho a dignidade do patamar constitucional, estão a significar o relevante grau de importância e preocupação neles depositado pela sociedade brasileira.

1.2. O processo de licitação pública — saliente-se a dicção constitucional — há de obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e assegurar igualdade de condições a todos os interessados. Apenas se permitirão exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, ou melhor, o instrumento convocatório não pode conter exigências para qualificação técnica e para qualificação econômica que excedam aquelas estritamente indispensáveis “à garantia do cumprimento das obrigações”.

Isto está por significar que, ao elaborar o edital, o foco do administrador objetiva a garantia de que as obrigações nele envolvidas sejam cumpridas. O edital se prepara em função das obrigações que o empreendimento ditará. E, aí, o edital pautar-se-á limitadamente, e não além, no que toca à qualificação técnica e econômica, nos estritos limites do que importe “a garantia do cumprimento das obrigações”.

1.3. Do que resulta a clara conclusão do mandamento constitucional: ao elaborar-se o edital:

a) — ter-se como ponto de partida o atendimento impessoal do objeto da licitação;

b) — fixarem-se as obrigações cujo cumprimento deve ser garantido, em razão do que, a livre disputa, e só ela, fará obter-se empresa interessada e apta a cumprir as obrigações, ao final da licitação.

1.4. Dito isto, é de considerar-se que, em nível infraconstitucional, as normas gerais de licitação adotáveis pela Administração Pública Estadual, direta e indireta, encontram-se fundamentalmente no Decreto-lei federal n.º 2.300, de 21.11.1986, modificado pelo Decreto-lei n.º 2.348, de 24.7.1987, e finalmente alterado, e assim feito publicar-se a 17.09.87, pelo Decreto-lei n.º 2.360, de 16 imediatamente anterior, aplicáveis face ao princípio da recepção.

Nele se encontra a disposição do seu art. 3.º a soar que “A licitação destina-se e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”. E que adita:

“Art. 3.º —

§ 1.º — É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que:

I — comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório;

.....
Nossos trabalhos, embora diante das naturais limitações impostas pelo reduzido prazo e pelos limites do escopo da tarefa, orientaram-

se em direção das seguintes fases: a) antecedentes à licitação; b) edital; c) julgamento da licitação.

As observações que se puderam fazer estão a seguir.

2) SOBRE OS ANTECEDENTES À LICITAÇÃO

2.1. Compativelmente com a legislação federal da época, dispunha a Lei Estadual n.º 287, de 4.12.1979, por seu art. 231, que “a licitação só será iniciada após definição suficiente de seu objeto e, se referente a obras, quando houver anteprojeto e especificações bastantes para perfeito entendimento da obra a realizar”.

Portanto, à época, exigia-se anteprojeto bastante para perfeito entendimento da obra a realizar-se.

A preocupação evoluiu de nível de exigência, com a edição do DL n.º 2.300/86. Com efeito, passou a exigir este:

“Art. 6 — As obras e os serviços só podem ser licitados, quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente (...)”.

Entenda-se: tecnicamente, quando se pretende encetar uma obra, tanto mais quanto seja ela de grande vulto e complexidade, efetuam-se serviços técnicos, os chamados de consultoria, que se sucedem em ordem crescente de aprofundamento técnico, do geral para o particular. Tais trabalhos são, assim, os planos gerais, os estudos de pré-viabilidade, os estudos de viabilidade técnico-econômico-financeira, os anteprojetos, os projetos básicos e os projetos executivos também chamados finais ou de detalhamento.

O DL n.º 2.300/86 faz menção a estes tipos quando, pelo inciso I do seu art. 12, define como “serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos”.

Ora, uma de tais espécies, a dos projetos básicos, como visto atrás, fá-la, o DL n.º 2.300/86, como indispensável à abertura de qualquer licitação de obra. Tanto que, em outro ponto assim a define:

“Art. 5.º — Para os fins deste Decreto-lei, considera-se:

.....
VII — Projeto básico — O conjunto de elementos que defina a obra ou serviço, ou o complexo de obras ou serviços objeto da licitação, e que possibilite a estimativa de seu custo final e prazo de execução”.

Diz a lei, portanto, que o projeto básico deve ser capaz de: a) definir a obra ou complexo de obras a licitar-se; b) possibilitar a estimativa do seu custo final; c) possibilitar a estimativa do seu prazo de execução.

Em razão do que, também impõe a lei:

a) — só se pode licitar obra quando haja projeto básico; vale dizer, projeto básico concluído;

b) — e, ademais, que este projeto básico esteja, anteriormente à licitação, aprovado, pela autoridade competente.

Somente assim, satisfeitos tais requisitos, poder-se-á abrir licitação.

O que é exigência de propósitos fáceis de se entenderem, particularmente quanto a um de tantos, que é o de evitar o lançar-se o administrador a uma licitação de cujo objeto e custo não tivesse preciso conhecimento, do que poderiam resultar conseqüências danosas à Administração.

Isto, por sinal, compatibiliza-se com preceito outro da nova Constituição Federal, normativo quanto ao planejamento, que impõe ser “determinante para o setor público” (art. 174).

No caso concreto que a nosso exame é submetido, o projeto básico estava incompleto à época da licitação.

No relatório final do julgamento firmado por todos os membros, a Comissão de Licitação reconhece, expressa e francamente, que significativa parte dos trabalhos do escopo da concorrência não havia sido efetivamente orçada à época da publicação do edital.

O episódio está da seguinte forma relatado, no processo (fls. 109):

“À época do 1.º orçamento, as redes de distribuição não tinham sido orçadas, utilizando-se apenas uma verba global. O exame posterior das planilhas da área B5 revelou, contudo, uma série de distorções nas quantidades, duplicidades de cômputo de alguns serviços e outras incorreções, que elevam substancialmente o preço dessa parcela de obras. Assim, as quantidades relativas a rede de distribuição deverão ser revistas (...)”.

Essa afirmativa, por parte da Comissão de Licitação, quando do julgamento final, importa em declaração de que, quando divulgou o edital, a CEDAE não tinha o projeto básico completo. E, ao promover a licitação de tal forma (será objeto de apreciação adiante), foi infringido o art. 5.º, VII, c/c o art. 6.º do DL 2.300/86.

O mesmo relatório final incumbe-se de demonstrar a relevância quantificatória da omissão. Fá-lo, ao longo do exercício demonstrativo da atualização do valor estimativo inicial (o contido no edital), da seguinte forma (fls. 109):

“O custo total, orçado para out/88 em Cz\$ 301.058,8 milhões (equivalentes nessa data a 101.489.960 OTNs), passa em Jan/89 para NCz\$ 685.348.875,00 (equivalente a 111.077.613 OTNs).

O quadro 3 apresenta o resumo do orçamento atualizado para Jan/89, incluindo o custo da rede de distribuição indicado no parágrafo anterior. O custo total passa, nessa condição, para NCz\$ 877.584,641 (equivalentes a 142.234.139 OTNs)".

Portanto, verifica-se:

a) a estimativa das obras, pelo edital (nível jan/89):

111.077.613 OTNs

b) estimativa das obras, introduzidas pela Comissão de Licitação, retificando erro do edital (nível jan/89):

142.234.139 OTNs.

Comparando-se os dois valores, ambos indexados ao nível de janeiro/89, verifica-se que a correção introduzida pela Comissão na estimativa constante do edital é da ordem de 28,05% (vinte e oito inteiros e cinco centésimos por cento). Em outras palavras, a retificação do edital, gerado por deficiência do projeto básico, veio a criar um aumento real da estimativa de preço equivalente a 28,05%.

2.2. Outro aspecto que se constatou é o de que o material apresentado pela CEDAE à PGE não contém informação de que o projeto básico haja sido formalmente "aprovado pela autoridade competente", no caso a Diretoria da CEDAE, o que infringiria o DL n.º 2.300/86.

3) QUANTO AO EDITAL

A análise do edital em questão (licitação por concorrência internacional n.º 1.103/88 para construção da 2.ª etapa do Guandu-Sistema Marajoara) revelou os aspectos a seguir abordados.

3.1. O processo da licitação inicia-se por expediente de uma folha, datado de 19.12.1988, firmado pelo eng.º Gilberto Meirelles de Menezes, Diretor de Projetos e Obras (fls. 2, processo n.º E-19/302 155, da CEDAE), dirigido à Diretoria de Obras, solicitando autorização para abertura da licitação.

Nele o referido engenheiro afirma que:

"O custo está estimado em Cz\$ 301.088.585.000,00 (trezentos e um bilhões, oitenta e oito milhões, quinhentos e oitenta e cinco mil cruzados), correspondentes a 101.500.000 (cento e um milhões e quinhentos mil) OTNs., de outubro/88, com prazo de 1.440 dias" (fls. 2).

Imediatamente a seguir, encerrando o expediente, diz o mesmo engenheiro Diretor de Projetos e Obras:

"A despesa deverá correr à Conta dos Códigos próprios para os orçamentos dos próximos exercícios, Financiamen-

to CTE NOVA IGUAÇU e OUTROS 5.º, 6.º e 7.º e Acordo BIRD". (fls. 2).

Logo após (fls. 3), há uma informação datada de 20.12.88, firmada por Ivone Tavares Bastos, dando conta de que a Diretoria da CEDAE, em reunião realizada no mesmo dia 20, "tendo em vista a informação do Sr. Diretor da DPO", resolvera autorizar a abertura de licitação.

Logo a seguir (ainda fls. 3), o eng.º Paulo Cezar S. G. Ripper Nogueira, Chefe de Gabinete da Presidência, no mesmo dia 20, expede ordem "Para licitar" à POA-2.

Ora, já se viu anteriormente que as obras só podem ser licitadas "quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente" (art. 6.º, DL 2.300/86) e que, projeto básico, para os fins da lei, é "o conjunto de elementos que defina a obra ou serviço, ou o complexo de obras ou serviços objetos da licitação, e que possibilite a estimativa de seu custo final e prazo de execução" (inciso VII, art. 5.º, DL 2.300/86).

Também como já se viu, a ata final dos trabalhos da licitação firmada pela Comissão de Licitação (fls. 109), aprovada pelo Diretor-Presidente da CEDAE (fls. 175), admitiu, expressamente, que "as redes de distribuição não tinham sido orçadas" à época do que chamou de primeiro orçamento (fls. 109), vale dizer, à época da divulgação da licitação, acusando, aí, a ocorrência de "uma série de distorções nas quantidades, duplicidade de cálculos de alguns serviços e outras incorreções".

E, então, a Comissão faz registrar que, como consequência, introduz alterações na estimativa de custo das obras que fazem crescer-se seu valor estimativo, divulgado originariamente com o edital, de 28,05% (vinte e oito inteiros e cinco centésimos por cento) pelos cálculos de sua autoria equalizados a nível de jan/89.

Isto importou, portanto, em que, o projeto básico, em virtude dessa deficiência, não permitia, à época da licitação, a estimativa correta do custo final da obra.

À exigência de que a licitação só poderia promover-se se houvesse "projeto básico aprovado pela autoridade competente" (art. 6.º, "caput", DL 2.300/86), sendo este o que, dentre outros objetivos, possibilitasse "a estimativa de seu (do empreendimento) custo final" (inciso VII, art. 5.º), implica nulidade dos atos que a infringam (art. 6.º, § 2.º do DL 2.300/86).

Pois que é estrita a lei no mandamento de que "a execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de execução" (art. 7.º).

3.2. Outro aspecto a ser destacado é o referente à fonte de custeio.

Com efeito, o DL 2.300/86 diz que "as obras e serviços só podem ser licitados, quando houver projeto básico aprovado pela autoridade

competente, e contratados somente quando existir previsão de recursos orçamentários”.

A mesma lei, em outro preceito (art. 31), dita que “o procedimento da licitação será iniciado com (...) a indicação (...) do recurso próprio para a despesa (...)”.

A licitação é o antecedente necessário do contrato. A finalidade do procedimento licitatório é a realização de um contrato.

A lei ainda contém preceito que assim sôa:

“Decorridos sessenta dias da abertura das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos” (§ 3.º art. 54, DL 2.300/86).

E no processo da licitação não consta a indicação de recurso próprio para a despesa.

3.3. Outro aspecto que nos chamou a atenção foi das condições para habilitação dos licitantes, como já antes foi visto, é condição, estabelecida desde o nível constitucional, da legalidade da licitação.

Tais condições, dispõe a Constituição Federal, e o repetem as leis pertinentes, não podem ser restritivas e, desta forma, frustrar a livre competição.

Naturalmente, tais condições — desde o preço do edital, passando por montante de capital, volume de faturamento, margem de liquidez, certificações técnicas, e terminando pelo próprio critério de manter-se como objeto de um só contrato uma obra de volume pouco usual — não são determináveis de forma exata, existindo margem de flexibilidade no seu estabelecimento.

Parece-nos, entretanto, que se tal for julgado conveniente pelas autoridades competentes, que os critérios usados nesta licitação sejam reapreciados à luz dos critérios técnicos aplicáveis.

Isto, tendo em vista manifestações da CEDAE em resposta à diligência do Tribunal de Contas, contidas no processo, a seguir transcritas:

“Atendendo ao pedido de justificativa para os subitens 4.2.2 e 25.1 constantes do Edital, temos a informar que por se tratar de obra de valor muito elevado e de extrema complexidade, uma das maiores já ocorridas no setor de saneamento, a CEDAE procurou formular exigências que lhe garantam que a empresa vencedora da licitação disponha de condições financeiras para arcar com pesados investimentos que se farão necessários, bem como esteja apta a responder satisfatoriamente às inúmeras dificuldades de ordem técnica que certamente ocorrerão” (fls. 79 — grifos nossos).

“Em assim sendo, acreditamos que, ao exigirmos a comprovação da Receita operacional bruta de NCZ\$

6.500.000,00 no exercício de 1987, estamos definindo que as licitações sejam de porte compatível com o empreendimento proposto. O valor foi arbitrado com base no balanço das principais empresas de construção civil do país e após a constatação de que todas elas poderiam atendê-lo. Há que se ressaltar ainda que o valor exigido no Edital é da ordem de apenas 2,5% do montante estimado das obras desta licitação, observadas as devidas correções da moeda” (fls. 80 — grifos nossos).

“Quanto às exigências de ordem técnica podemos dizer que as mesmas mantêm coerência com o escopo das obras, posto que todos os serviços arrolados são de natureza idêntica aos que serão executados e os quantitativos estabelecidos estão bem abaixo daqueles que serão realizados. Quando foram formuladas tais exigências procuramos verificar se existiam obras já realizadas que pudessem gerar atestados capazes de supri-las e só após tal verificação estabelecemos os itens e quantitativos exigíveis” (fls. 80 — grifos nossos).

Aparentemente, as duas primeiras justificativas, embora não seja esclarecido o conceito de “principais” (segunda informação), procuram compatibilizar o exigido com o escopo da obra, o que não parece acontecer com a terceira e última justificativa.

3.4. Outro aspecto é a ordem seqüencial adotada pelo edital quanto ao procedimento licitatório.

A lei impõe uma fase, dentre tantas, que é a da habilitação; e outra, que é a do julgamento.

Para a habilitação só permite exigir-se documentação relativa à capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal. Usa a expressão “exclusivamente” para limitar a documentação exigível em tal fase habilitatória (art. 25).

E destaca-a, nitidamente, de uma outra fase, que chama de fase das “propostas”, no caso, a técnica e a de preços.

Determina que “a inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes” (§ 2.º do art. 33, DL 2.300/86)

O rito é assim organizado:

Art. 35 — A concorrência será processada e julgada com observância do seguinte procedimento:

I — abertura dos envelopes documentação e sua apreciação;

II — devolução dos envelopes proposta, fechados, aos

concorrentes inabilitados, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III — abertura dos envelopes proposta dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV — classificação das propostas;

V — deliberação pela autoridade competente.

.....
§ 5.º — Ultrapassada a fase de habilitação (itens I e II) e abertas as propostas — (item III), não mais cabe desclassificá-las, por motivo relacionado com capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal, salvo em razão de fatos supervenientes, ou só conhecidos após o julgamento”.

Atente-se para que a lei fala em “envelopes fechados” (art. 35, II) e abertura (sic) dos “envelopes proposta” somente após definitivamente ultrapassada a fase de habilitação.

Nesta passagem, cabe lembrar que a lei prevê, dos atos da licitação, recursos (inc. I, art. 75), representação (inc. II, art. 75) e pedido de reconsideração (inc. III, art. 75).

O recurso para habilitação ou inabilitação de licitante é dotado de efeito suspensivo (§ 2.º, art. 75). E a inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes à habilitação, tanto que ele terá seu envelope proposta (técnica e preços) devolvido fechado, sigiloso seu conteúdo (§ 3.º, art. 3.º).

A lei admite, ainda, que, interposto qualquer recurso por um licitante, “será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de cinco dias úteis” (§ 3.º, art. 75).

De sorte que é fácil concluir-se daí que, quando a lei estabelece o rito recursal assim descrito, está ensejando o exercício do “direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento” licitatório (art. 4.º, DL 2.300/86).

Do que também se infere que a lei estimula a fiscalização ampla por parte dos concorrentes, o que favorece a competição.

A propósito, comenta HELY LOPES MEIRELLES:

Se houver inversão ou concomitância na abertura dos envelopes, documentação e propostas, a licitação torna-se passível de invalidação, pois a habilitação dos licitantes há que anteceder, necessariamente, ao julgamento de suas ofertas. Havendo desqualificação ou inabilitação de candidatos, suas propostas serão devolvidas nos respectivos envelopes sem serem abertos” (in *“Licitação e Contrato Administrativo”*, 1988, p. 119).

Em nota de rodapé, HELY colaciona arestos de diversos tribunais no sentido de seu comentário.

Também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO considera que “a licitação é um procedimento administrativo, a dizer, uma sucessão itinerária e encadeada de atos sucessivos” (op. cit., p. 3) e que,

“(…) como procedimento que é, desdobra-se em fases.

A realização e regular exaurimento de cada qual é pressuposto e requisito da fase subseqüente. Com efeito, tratando-se de uma sucessão de estágios a serem passo a passo ultrapassados até a desembocadura no ato final, cumpre que se realizem no momento e na seqüência previstos, vencendo-se paulatinamente suas diversas fases. Daí que a conclusão da etapa antecedente condiciona a irrupção da subseqüente.

.....
O atendimento da seqüência é condição de validade da licitação, posto que seus diferentes momentos entrosam-se numa continuidade racional, funcionando uns como pressupostos de outros. Então, o vício ocorrido em uma fase precedente, se a afeta em sua totalidade, compromete os momentos posteriores e enferma completamente os atos sucessivos que do anterior dependiam (...)

.....
(...) estabelecidos quais os (licitantes) aptos e quais os inaptos, pode-se passar — e só então — ao exame das propostas.

A separação destes dois momentos é tão importante e tão nítida que os documentos comprobatórios de habilitação e os que se constituem na proposta são apresentados em envelopes separados e lacrados, garantido o sigilo.

Só depois de concluído o exame dos documentos relativos à habilitação e encerrada esta fase, é que podem ser abertos os envelopes que contêm, cada qual, a proposta de um dos ofertantes habilitados. Os dos inabilitados nem sequer são abertos.

Por outro lado, a abertura dos envelopes que encerram propostas não pode ser realizada antes de finda a habilitação, pena de nulidade da licitação” (op. cit., ps. 24/27).

Pois bem. Visto o que se acaba de dizer, registre-se que o edital da licitação n.º 1.103/88 da CEDAE não cumpriu exigências fundamentais em matéria de licitação.

Porque ditou: “Os Documentos de Habilitação, a Proposta Técnica e a Proposta de Preços serão entregues à Comissão, em um único envelope (...)”. — (3.1. do Anexo I, “Instruções Gerais”, fls. 23).

EM UM ÚNICO ENVELOPE, mandou. Não mandou em envelopes distintos.

A conseqüência disto é que a Comissão de Licitação, obedecendo ao edital, contudo, descumpriu a lei, porque:

- 1.º — abriu, de saída, inicialmente, os preços e os divulgou aos concorrentes (ata da reunião de 01.03.89, fls. 94);
- 2.º — classificou as propostas por ordem de preços (idem);
- 3.º — após, fez registrar: “A seguir, a Comissão procede a avaliação de atendimento das condições básicas e garantias estipuladas no Edital por parte das licitantes” (idem);
- 4.º — em reunião, de que dá conta o processo de licitação, realizada cinco dias depois, deu prosseguimento ao julgamento da habilitação (quando, anteriormente, já abria e divulgara os preços propostos e classificara as ofertas) fls. 95. ata da reunião de 06.03.89);
- 5.º — só aí, declarou habilitadas as licitantes (o que fez a todas);
- 6.º — finalmente, a 29.03.89, proclamou o resultado final (fls. 98).

Poder-se-ia dizer que no julgamento da concorrência não se obedeceu ao rito preconizado pelo Decreto-lei n.º 2.300, de 25.12.86, em razão de normas prevalentes do BIRD.

A “Operations Policy Note n.º 4.03”, emitida com o Título “Aceitabilidade de Procedimentos Locais para as Concorrências”, enfrenta as hipóteses mais freqüentes de discrepância entre as regras estabelecidas por aquela entidade e aquelas fixadas pelas autoridades locais para as concorrências.

Anexa a essa “Operations Policy Note” se encontra uma “lista-gem de aceitabilidades” — (Checklist of Acceptability) que pretende anotar, dentre os casos mais comuns de discrepância entre as normas do BIRD e as normas locais, indicando, ao mesmo tempo, qual a posição do banco em face de cada uma dessas divergências.

O item 4.11 dessa listagem enfrenta o problema da abertura da concorrência em **dois tempos**, isto é, aquele em que todos os envelopes técnicos são abertos em um primeiro momento e, após revisão, os envelopes com os preços apenas das propostas qualificadas são abertos em um segundo momento.

Indica o referido item 4.11 que, no caso de concorrências locais, esse procedimento de abertura dos envelopes em dois momentos é aceitável, mas, no que concerne às concorrências internacionais, registra que tal proceder não é normalmente aceito, exceto em circunstâncias especiais.

À vista desse item 4.11 pergunta-se: atende aos ditames do BIRD o sistema previsto no artigo 35 do Dec.-Lei Federal 2.300, de 21.11.86, que determina a abertura em primeiro lugar do envelope contendo a documentação do concorrente e, só abrindo em um segundo momento, os envelopes contendo as propostas dos concorrentes cuja documentação tenha sido considerada em ordem?

A resposta é seguramente afirmativa.

Os envelopes técnicos que o BIRD pretende que normalmente, exceto circunstâncias especiais, sejam abertos concomitantemente com aqueles que contenham as propostas de preços, são envelopes que contenham as especificações técnicas da obra, como referidas na Seção 4 (“Technical Specifications”) do manual do Banco Mundial denominado “Procurement of works”. Nessa seção 4 se verifica nitidamente que as especificações técnicas que poderão estar contidas nos envelopes técnicos dizem respeito às especificações da obra ou serviço (métodos a serem utilizados), padrões de serviços e serviços, etc.).

Não se confundem essas especificações técnicas objetivas com as exigências subjetivas a que se submetem os concorrentes, comprovando a regularidade de sua situação jurídica, o cumprimento de suas obrigações fiscais, previdenciárias, trabalhistas, sua capacidade técnica e outras.

Não teria o menor sentido sustentar que o BIRD se poderia opor a que, antes de se abrirem as propostas dos concorrentes, se examinasse a regularidade da situação deles.

O que o BIRD pretende, ao colocar como regra geral a abertura conjunta das propostas técnicas e de preço é que, em princípio, o julgamento se faça de uma só assentada, considerando-se os dados técnicos e os preços, cotejando-se em conjunto para concluir qual a proposta que mais atende aos interesses do dono da obra.

3.5. Outro detalhe que merece destaque é o referente a reajustamento (n.º 10 do edital).

O edital define fórmulas para cálculo do reajustamento dos preços, que se daria mensalmente, variando as fórmulas em função da natureza da obra. Uma fórmula para obras civis, outra para tubulações, outra para materiais e equipamentos elétricos e daí por diante.

Tais fórmulas baseiam-se em índices econômicos setoriais, da “Fundação Getúlio Vargas”.

O edital (e a minuta do contrato que o acompanha) adota tais fórmulas analíticas.

O edital define um coeficiente “K” como coeficiente de correção analítica de preços, conforme regulamentado nos itens 10.2 e 10.3” (fls. 10 e segs. do edital).

Esses itens (10.2 e 10.3) dispõem que, “semestralmente, com o objetivo de se corrigir eventuais distorções e assim manter o equilíbrio econômico do Contrato, a CONTRATADA, em conjunto com a FIS-

CALIZAÇÃO, calculará os valores dos coeficientes de correção analítica dos preços unitários e das verbas contratuais (...)"

E o que fará "com base na variação de mercado dos preços dos insumos" (item 10.3, fls. 15 do edital).

Quanto às fórmulas referidas, e seus respectivos índices, inclusive o fator "K", não é possível testá-los em exercícios de simulação no âmbito e curto prazo deste trabalho. Para isto seria necessária estrutura de informática, através de auditoria independente, e os seus resultados não seriam obtidos em tempo útil para a conclusão deste parecer.

4) SOBRE O JULGAMENTO DA LICITAÇÃO

4.1. A Constituição Federal estabelece:

"Art. 37 —

XXI — (...) as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...)"

E no "caput" impõe princípios para administração pública direta e indireta, inclusive dos Estados (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade).

Quanto ao princípio da igualdade, anota TOSHIO MUKAI ("*O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*", Saraiva, 1988, p. 17):

"O princípio da igualdade refere-se tanto à disposição dos proponentes em face da administração, como à posição de cada um deles diante dos demais, na feliz observação de Jorge Héctor Escola".

A posição de cada proponente diante dos demais há de respeitar, também, segundo o entendimento doutrinário, o princípio da igualdade constitucional expresso no art. 37, XXI. E por concorrentes não se consideram não somente aqueles que se hajam efetivamente apresentados à licitação, como o universo dos demais potenciais interessados.

No caso presente, a empresa que, informa a CEDAE, efetuou o projeto básico (o que permite a abertura da licitação, cf. art. 6.º do DL 2.300/86 e que possibilita a estimativa do custo final das obras e seu prazo de execução) foi a CNEC — CONSÓRCIO NACIONAL DE ENGENHEIROS CONSULTORES S.A. Também é sabido que tal empresa faz parte do conglomerado de que participa a licitante CAMARGO CORRÊA, dada como vencedora pela CEDAE.

De sorte que não é possível deixar-se de admitir que esta última dispunha de uma posição desigual em relação aos demais interessados, o que comprometeu a licitação.

Assinale-se que o tema projeto foi tratado pelo legislador infraconstitucional já anteriormente à nova Constituição no DL 2.300/86:

"Art. 8.º — Não poderá participar da licitação ou da execução de obra ou serviço:

.....
I — O autor do projeto, pessoa física ou jurídica, contratado por adjudicação direta.

Esse dispositivo, como atrás demonstrado, foi superado pela Constituição Federal de 1988, pelo princípio da igualdade, erigido a nível constitucional, e que com ele não se concilia.

Além disso, a restrição é estabelecida de forma clara e incisiva pela legislação estadual, plenamente aplicável, que assim estabeleceu no art. 4.º do Decreto n.º 3.149, de 28.04.80:

"Art. 4.º — É vedada a participação do autor do projeto, ou da empresa a que este pertença, na licitação para execução da obra ou do serviço projetado."

Não pode restar dúvida de que este dispositivo pretende evitar que as vantagens do projetista sejam estendidas dentro do grupo a que este pertença, e que, sob pena de se tornar inútil, tem de ser interpretado de maneira ampla, nele se enquadrando a hipótese em causa, onde a projetista, embora não pertença ou seja controlada pela licitante participante do Consórcio, pertence a uma controladora comum. No caso, presente norma específica mais rigorosa, que se adita ao mínimo exigido pela legislação federal.

Vê-se, pois, que a legislação estadual aplicável à espécie dá a esta tratamento mais rigoroso, que não foi observado, de que resultou nulidade da licitação.

4.2 Para julgamento, a Comissão de Licitação procurou atualizar a estimativa do edital.

A conclusão que se tira quanto à necessidade de se proceder a um exercício de atualização do valor estimativo inicial (da autoria da CEDAE e que fora por ela divulgado através do edital) decorre de que, como este valor estimativo o era aos níveis de preços de out/88 e a Comissão de Licitação tinha, em mãos, a apreciar, propostas com preços a nível de mar/89 e, como entre out/88 e mar/89 ocorreu um processo inflacionário, aquela Comissão viu-se ante a necessidade de equalizar os níveis, isto é, corrigir monetariamente para mar/89 a estimativa do edital que, como dito, datava de out/88, de molde a poder, com ele, comparar os preços propostos.

O exercício de atualização feito por cálculos sucessivos é explicado a fls. 108/110 do processo da licitação e resumido nos anexos A e B deste parecer. Os cálculos envolveram índices distintos, segundo Informa o relatório daquela Comissão.

Primeiramente, pelos índices setoriais previstos na minuta de contrato do edital (de outubro a janeiro).

A seguir, por índices nacionais (INCC), ante a falta dos anteriores (fevereiro).

Finalmente, ante a falta do próprio INCC para março, pelo mesmo INCC de fevereiro, que extrapolou, por suposição, para março/89.

Além da referida atualização, a Comissão de Licitação procedeu, também, como já antes referido, a uma revisão do preço básico, em termos reais, intrínsecos, que importou em um aumento real de 28,05%.

A natureza dos índices assim tomados parece compatível com os critérios constantes do edital para a minuta do contrato a ele anexada. Todavia, deve ressaltar-se que não é possível, neste passo, atestar quanto à sua perfeita adequação e, mais ainda, a exatidão dos números envolvidos, somente possível mediante uma completa e técnica auditoria independente em todos os cálculos das planilhas de custo decorrentes do projeto básico, e em todos os cálculos feitos sucessivamente sobre elas, aliás dispensável para as conclusões deste parecer, mas que poderá ser recomendável em estágio posterior.

4.3 Atente-se, ademais, para uma passagem contida no relatório da Comissão de Licitação que está redigida da seguinte forma:

“d) As composições dos Preços Unitários apresentam, em todas as propostas, as seguintes características:

.....
— O quantitativo de insumos, mão-de-obra e, principalmente, equipamentos a serem utilizados na execução de alguns serviços, são superiores aos normalmente adotados, acarretando assim uma incidência acima do que é praticado em obras dessa natureza (...)” (fls. 104 do processo da licitação).

A Comissão de Licitação constatou, assim, em todas as propostas apresentadas:

a) quantitativos de insumos, mão-de-obra e, principalmente, equipamentos, “superiores aos normalmente adotados”;

b) “acarretando assim uma incidência acima do que é praticado em obras dessa natureza”.

Tal constatação, no mínimo, leva à conclusão de que todas as propostas, conseqüentemente, continuam “preços excessivos”, e a hipó-

tese da ocorrência de “preços excessivos” a lei contempla com a obrigatoriedade de desclassificação das propostas (“Serão desclassificadas (...) as propostas com preços excessivos ou manifestamente inexequíveis” — art. 38, II, DL 2.300/86).

Neste momento, caberia a desclassificação das propostas. E de todas. Isto se já não fosse o procedimento nulo por motivos antes apontados.

A Comissão de Licitação, porém, sugeriu outra solução, a seguinte:

“Diante de tais circunstâncias recomendamos que a fiscalização das obras, à medida em que forem sendo desenvolvidos os projetos executivos e metodologia de construção, proceda uma avaliação permanente do supracitado binômio Preços Unitários/Composição de Preços Unitários, de forma a verificar sua compatibilidade, retificando tais Preços Unitários quando se confirme a incidência dos componentes previstos ou retificando-os, através das medidas administrativas próprias, quando ocorrerem distorções. Sugerimos, inclusive, que seja incluída cláusula contratual explicando tal hipótese”.

E concluiu pela adjudicação dos serviços ao consórcio (fl.105).

Em função desses fatos, ocorreu nulidade do procedimento.

4.4 A fls. 173-v.º, o Assessor Jurídico da CEDAE opina sobre a proposição da Comissão de Licitação referente às alterações dos preços que havia sugerido, ponderando que “toda e qualquer alteração das condições iniciais do ato convocatório importa na nulidade do ato”, para o que invoca o art. 33 do DL 2.300/86 (“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, a que se acha estritamente vinculada”).

Mas arremata:

Via de conseqüência, a alteração de cláusula ora sugerida por essa DPO, deverá ocorrer após a formalização do respectivo contrato” (fls. 173-v.º do processo da licitação).

A partir de então, o eng.º Gilberto Meirelles de Menezes, Diretor de Projetos e Obras, submete à homologação do Diretor-Presidente a matéria, por meio do seu expediente Memo-DPO-GD n.º 048/89, de 31.10.89, sugerindo minuta de cláusula contratual aleatória.

E, em seguida, o eng.º Nilton Pereira dos Santos, Diretor-Presidente da CEDAE, dá seu “aprovo”, mandando adjudicar-se ao consórcio CAMARGO CORREA/PARANAPANEMA/CBPO, por despacho de 06.04.89 (fls. 175).

Nota oficial de sua autoria, divulgada pela imprensa (*Jornal do Brasil*, 11.04.89, 1.º caderno, p. 5), confirma que ele aprovou a dita al-

teração a ser introduzida no contrato: "aprovei a licitação com uma condicionante: a CEDAE outorgava-se o direito de criticar os custos da contratada, item por item, de acordo com suas próprias especificações, para assegurar o menor gasto possível".

Embora possa parecer que a empresa tenha pretendido providência de ordem gerencial a favor dos seus interesses, na verdade, com tal medida, infringiu a legislação, uma vez que transformou o contrato a licitar por melhor preço em contrato por administração ou, na melhor das hipóteses, em um misto dos dois.

O edital deveria ter sido hábil para assegurar o menor gasto possível. Se não o foi como a própria CEDAE admite que não foi —, deveria ter sido retificado tempestivamente e com a pertinente e indispensável publicidade, mas sempre anteriormente à apresentação da documentação e proposta. Como isto não ocorreu e a CEDAE revela ter-se dado conta das deficiências (que partem da estimativa divulgada pelo edital e, originariamente, pois, do próprio projeto básico), só lhe caberia cancelar a licitação por interesse público.

5) CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto e em relação ao apreciado, nos limites da tarefa que nos foi delegada, entendemos que há motivação suficiente para a anulação da licitação, o que, nos termos do § 1.º do art. 39 do Decreto-lei n.º 2.300/86, não gera qualquer obrigação indenizatória.

JOAQUIM TORRES DE ARAÚJO

HUMBERTO RIBEIRO SOARES
Relator

JOÃO MANOEL DE ALMEIDA VELLOSO

EXERCÍCIO FEITO PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO (FLS. 108, PROC. E-19/302.155/89-CEDAE) DENOMINADO "ATUALIZAÇÃO/REVISÃO"

QUADRO A

Data	Estimativa	OTNS	Índices atualizatórios	Observações
out/88	Cz\$ 301.088.585.000,00	101.300.000	1.ª estimativa	fls. 2 do processo e constante do edital de licitação.
jan./89	Nz\$ 685.348.875,00	111.077.613	1.ª atualização pelos índices do próprio edital	divisor jan/out.: 2.2762 variação jan/out.: 127,63%
jan/89	NCz\$ 977.584.641,00	142.234.139	2.ª atualização (revisão, aumento do preço real da rede de distribuição).	divisor jan/out.: 2.9147 variação jan/out. 191,47% alteração intrínseca (não somente atualização) da 1.ª estimativa atualização entre esta 2.ª atualização e a 1.ª atualização: 28,05%
fev./89	NCz\$ 999.700.000,00	—	3.ª atualização p/índices INCC fev/89	divisor fev/out. 3,3203 variação fev/out. 232,03%
mar/89	NCz\$ 1.138.900.000,00	—	4.ª atualiz. p/índices INCC de fev./89	divisor mar/out. 3,7826 variação mar/out. 278,26%

OBS.: Estes valores de estimativa de custos, os índices atualizatórios e as respectivas operações são de autoria da Comissão de Licitação (fls. 108/9 do processo de licitação).

QUADRO B

O exercício estimativo feito, assim, pela Comissão de Licitação enseja as seguintes comparações:

ENTRE 1.ª ATUALIZAÇÃO E A ESTIMATIVA DO EDITAL:
(DE JAN/89 A OUT/88)
2,2763 vezes; variação de 127,63%

ENTRE A 2.ª ATUALIZAÇÃO ACRESCIDADA DE ALTERAÇÃO
E A ESTIMATIVA DO EDITAL:
(DE JAN/89 A OUT/88)
2,9147 vezes; variação de 191,47%
Obs. esta variação inclui atualização mais acréscimo real

ENTRE A 3.ª ATUALIZAÇÃO E A ESTIMATIVA DO EDITAL:
(DE FEV/89 A OUT/88)
3,3203 vezes; variação de 232,03%

ENTRE A 4.ª ATUALIZAÇÃO E A ESTIMATIVA DO EDITAL:
(DE MAR/89 A OUT/88)
3,7826 vezes; variação de 278,26%

Obs.: comparações obtidas sobre os valores em moeda nacional.

VISTO

Aprovo o parecer da Comissão Especial instituída pela Resolução n.º 492/89-PG, de 10.04.89, que concluiu pela nulidade da licitação por concorrência internacional n.º 1.103/89 da CEDAE, realizada para a execução do denominado "Sistema Marajoara", ressaltando os seguintes pontos, relacionados com os fatos registrados pela própria CEDAE no processo administrativo n.º E-19/302.155/88:

a) o consórcio vencedor é composto por empresa integrante de grupo ao qual pertence a empresa autora do projeto, o que contraria princípios da Constituição Federal e é vedado pela legislação estadual vigente em que pese r. opiniões em contrário;

b) constatando deficiência no orçamento do projeto básico, a CEDAE optou por fazer a retificação e prosseguir com a licitação, quando, em função dos princípios legais que regem a concorrência, deveria reiniciar o procedimento em face das alterações conseqüentes;

c) conforme consta do edital e da ata, não foi observada a ordem rigorosa do artigo 35 do Decreto-lei Federal n.º 2.300, de 21.11.1986, que determina, no procedimento licitatório, a abertura preliminar dos envelopes de habilitação das empresas, e só após a sua apreciação, a subsequente abertura dos envelopes de preços e tecnologia;

d) a CEDAE no julgamento da licitação, outorgou-se o direito de criticar e reduzir os custos de pessoal, materiais e equipamentos, constantes das propostas, segundo registrado no respectivo processo, mas, ao assim agir, contrariou as características do regime de contratação por empreitada, definido no edital, o que é juridicamente inviável.

À consideração do Excelentíssimo Senhor Governador.

Em, 21 de abril de 1989.

JOSÉ EDUARDO SANTOS NEVES
Procurador-Geral do Estado

Considerando o minucioso parecer da Comissão Especial instituída pela Resolução n.º 492/89-PG e o visto a ela apostado pelo Exm.º Sr. Procurador-Geral do Estado, e tendo em conta, de um lado, a extrema preocupação do Governo Estadual de preservar a estrita legalidade dos atos da administração e a transparência da atuação do Governo e, de outro, a imperiosa necessidade de se levar a cabo, dentro de prazo útil, as obras essenciais à ampliação do abastecimento de água à população do Grande Rio, encaminhe-se ao Exm.º Sr. Secretário de Estado de Desenvolvimento Urbano e Regional para os seguintes fins:

a) prover no sentido de ser anulada a licitação por concorrência internacional n.º 1103/88;

b) adotar prontamente as medidas necessárias à realização de nova concorrência, no prazo de 60 (sessenta) dias, procedida de adequação orçamentária e análise do projeto por comissão especialmente constituída para esse fim, devendo ser convidada a dela participar associação técnica de engenharia especializada indicada pelo Sr. Secretário.

Em, 21 de abril de 1989

W. MOREIRA FRANCO
Governador do Estado