

Ano V

Número 14

Curitiba - PR

Junho de 2002

Prezados clientes,

Os leitores do Boletim CEDE certamente já se aperceberam da riqueza de nuances que o direito proporciona. Seguindo a linha da edição anterior, e com o objetivo de trazer aos nossos leitores temas atuais relativos à advocacia empresarial, optamos por centrar os artigos objeto de análise na presente edição no Direito Administrativo, tratando, de um modo bastante especial, de tópicos relativos aos contratos administrativos e ao processo de licitação. Aqueles que têm a Administração Pública como destinatários dos seus produtos ou serviços, muito provavelmente já se depararam com questões bastante delicadas, que ensejam análise e reflexão sob uma ótica diferenciada, por estar em jogo nessa relação jurídica o interesse público em contraposição ao interesse particular. Sob esse enfoque, iniciamos a nova edição do Boletim CEDE com artigo de minha autoria, em que é tratada a questão da remuneração pelos serviços públicos contratados prestados em decorrência de contratos administrativos vencidos. Não raro, nessas circunstâncias, após prestados os serviços, a Administração coloca óbices aparentemente intransponíveis ao pagamento ao particular, cuja solução adotada pelos tribunais pátrios é comentada. Em seguida, a Dra. Luciana Brustolin de Castro Maranhão, advogada integrante do grupo Direito Público, trata da possibilidade de fracionamento da proposta ao Poder Público, como inovação introduzida na Lei de Licitações, que, de um lado, propicia à Administração Pública a melhor compra e, de outro, dá aos pequenos fornecedores a oportunidade de colocação de seus produtos junto ao Poder Público. Em seguida, é tratada a tormentosa questão da licitação de um produto com marca determinada. Até que ponto é lícito à Administração licitar bem com marca determinada, sem que isso implique em violação ao princípio da isonomia nem caracterize direcionamento da licitação? Embora não haja uma resposta única para todos os casos, o artigo aponta algumas diretivas que auxiliam na resposta à questão. Por fim, é tratado o princípio da formalidade do procedimento licitatório, com o objetivo de frisar a necessidade de preocupação dos licitantes com a fase preparatória, alertando quanto ao rigorismo vigente nas Comissões de Licitação no que se refere às disposições editalícias. Agradecemos o apoio de todos e até a nossa próxima edição!

Benolt Scandolari Bussmann

LEGALIDADE NO PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO PARTICULAR AINDA QUE VENCIDO O PRAZO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Veja por outra acontece do particular, que contrata com a Administração Pública, ver transcorrido o prazo de vigência de seu contrato, sem que o mesmo seja renovado, por exclusiva inércia do órgão público contratante.

É comum, nessas hipóteses, que a Administração Pública exija do particular a prestação dos serviços, sob o argumento do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Não raro, e mesmo ante a exigência da prestação dos serviços públicos, posteriormente ao recebimento dos mesmos, a Administração Pública se furta ao pagamento em favor do particular, sob o argumento da inexistência de contrato, falta de licitação ou de outras formalidades insitas ao contrato administrativo.

Seriam lícitos esses argumentos? Seria válida a recusa da Administração Pública ao pagamento pelos serviços efetivamente prestados após esgotado o prazo de vigência do contrato administrativo?

Para responder a essas indagações, deve-se ter em mente que se, de um lado, o contrato administrativo, sob o prisma da Administração Pública, visa o atendimento das necessidades públicas; de outro, sob a perspectiva do particular contratado, a prestação dos serviços e/ou o fornecimento de produtos visam o lucro, através da remuneração prevista nas cláusulas econômicas e financeiras do contrato.

Esse lucro deve ser assegurado na proporção inicial do ajuste, ainda que a Administração Pública tenha que modificar o modo e a forma da prestação contratual para melhor adaptação às exigências do interesse público.

Não obstante seja nula a contratação de serviços sem licitação pública (art. 37, XXI, da Constituição Federal), o pagamento pela prestação de serviços, ainda que o contrato administrativo tenha seu prazo de vigência esgotado, é medida de justiça, que evita o enriquecimento sem causa da Administração Pública em prejuízo do particular.

Os Tribunais pátrios têm analisado a questão da prorrogação da prestação dos serviços após o esgotamento do prazo de vigência do contrato, inclinando-se a dar razão ao particular, determinando o pagamento pelos serviços efetivamente

prestados, entendendo que o Administrador Público não pode se prevalecer de sua própria torpeza.

Exemplo disso os acórdãos proferidos pelas 1ª, 4ª e 5ª Turmas Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos autos de Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 50.474/2000, Apelação Cível nº 52.651/1999, e Apelação Cível e Remessa de Ofício nº 52.560/1999, julgadas respectivamente em 14.06.2000, 13.03.2000 e 29.11.1999.

Nesses acórdãos, a Justiça adotou o entendimento segundo o qual uma vez prestados os serviços públicos, ainda que irregular o contrato, o ente público não pode se furtar ao correspondente pagamento.

Há, inclusive, o reconhecimento do direito do particular aos reajustes necessários a manter o equilíbrio econômico-financeiro, ainda que esgotado o prazo de vigência do contrato.

Portanto, uma vez prorrogado o contrato administrativo, ainda que informalmente, o Administrador Público não pode se valer do argumento esgotamento do prazo de vigência do contrato para negar o pagamento ao particular que efetivamente prestou os serviços solicitados, de boa-fé.

Entender de modo diverso significaria privilegiar a torpeza e propiciar o enriquecimento ilícito da Administração Pública em prejuízo do particular.

FRACIONAMENTO DA PROPOSTA DE FORNECIMENTO AO PODER PÚBLICO

Sempre que um determinado fornecedor pretende participar de uma licitação pública ele recorre ao Edital para saber, entre outras informações, qual a quantidade do objeto que a Administração necessita. Muitas vezes acontece de a quantidade solicitada no Edital ser superior àquela que o pequeno fornecedor está capacitado a oferecer.

Poderia este fornecedor, interessado em contratar com a Administração, cotar em sua proposta apenas um terço, por exemplo, do total pretendido pelo Poder Público?

Até a edição da Lei 9.648/98, isso não era possível.

Com a nova redação dada pela Lei 9.648/98, ao art. 23, § 7º, da Lei de Licitações, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade do chamado fracionamento interno,

que possibilita às empresas interessadas em participar do certame a formulação de propostas quantitativas de acordo com seu interesse e disponibilidade.

Assim, se uma empresa de pequeno porte puder oferecer apenas um terço do total pretendido pelo Poder Público, nada impede que ela o faça e, saindo-se vencedora, seja contratada pela Administração.

Ressalte-se, por oportuno, que não a lei não admite o fracionamento do produto, em si. É evidente que numa licitação para compra de automóveis, o interessado não poderá apresentar apenas a cotação dos pneus. O que a lei prevê é a possibilidade do licitante cotar uma quantidade menor de bens a serem ofertados.

Uma vez sagrando-se vencedora uma licitante que ofertou quantidade menor que a prevista, a Administração analisará as demais propostas, que forem sucessivamente melhores, até se atingir o quantitativo previsto no edital.

Nessas situações, podem surgir alguns questionamentos. Pode o segundo colocado não aceitar fornecer apenas parte da proposta mas somente sua totalidade? Pode a Administração impor ao licitante que formulou proposta para fornecimento total do objeto uma contratação parcial?

A resposta parece ser uma só: desde que prevista a possibilidade de cotação parcial no Edital, os licitantes não poderão se recusar a fornecer apenas parte da proposta.

Assim, respeitada a ressalva contida no art. 23 § 7º, de que o fracionamento interno é possível "na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo..." e prevista a possibilidade de cotação parcial no Edital, poderá o fornecedor interessado ingressar no certame ainda que não possa oferecer o número total de itens pretendidos pela Administração, sem que caiba ao segundo colocado o direito de recusar-se a fornecer apenas parcialmente o objeto licitado.

A LICITAÇÃO DE BENS COM MARCA PRÉ-DETERMINADA PELO PODER PÚBLICO E O RESPEITO AO PRINCÍPIO DO TRATAMENTO IGUAL ENTRE OS LICITANTES

Cada vez que a Administração Pública necessita adquirir determinado bem ou serviço, excetuados os casos previstos em lei, deverá utilizar-se da licitação.

Através do Edital cabe à Administração fazer uma descrição do objeto pretendido com a especificação de todas as suas características, a fim de melhor atender ao interesse público.

A Lei de Licitações, Lei 8.666/93, entretanto, veda a escolha de um objeto de marca específica, proibindo o direcionamento da licitação para um único fornecedor.

Assim, a descrição do objeto deve ser feita da forma mais genérica possível, para que as especificações não ultrapassem o necessário para atingir o fim determinado.

Se a Administração, entretanto, desejar ou necessitar contratar uma marca específica, deverá para isso estabelecer critérios técnicos e objetivos que justifiquem sua preferência, comprovando que não está apenas dirigindo a licitação no intuito de favorecer um particular em detrimento de outro.

Nesse sentido é o § 1º, inc. I do art. 3º, da Lei de Licitações, que veda a inclusão no Edital de cláusulas restritivas que sejam irrelevantes para a realização do contrato.

Entretanto, havendo uma justificativa relevante, pode a Administração dar preferência a uma determinada marca.

É o caso, por exemplo, dos materiais utilizados nas áreas de saúde, para realização de pesquisas, onde a mudança de marca de um produto no decorrer do procedimento pode levar a uma diferença nos resultados obtidos.

Nesse caso, a continuidade da utilização de produto da mesma marca torna-se requisito necessário para a Administração.

Assim, desde que seja de forma motivada – com justificativas sólidas e não apenas genéricas do tipo “é a de melhor qualidade” ou “é a que melhor atende aos interesses da Administração” – a Administração pode optar por determinada marca, cabendo-lhe o ônus de demonstrar a justificativa técnica fundamentada de tal especificação.

PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE E RIGORISMO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FORMALIDADE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

As empresas acostumadas a contratar com o Poder Público bem sabem do cuidado que devem ter na leitura do edital, na seleção dos documentos solicitados, na preparação dos envelopes com a documentação exigida para a sua habilitação, e, por fim, na elaboração de sua proposta comercial.

E se, após ultimada a estafante etapa de preparação para o certame público, por razões absolutamente alheias a sua vontade, o licitante se atrasa por cinco (05) minutos do horário previsto para a entrega dos envelopes?

Seria lícito à Administração Pública aceitar a sua proposta, ignorando o atraso?

O princípio da vinculação ao Edital é um dos princípios regentes dos procedimentos licitatórios e determina que aquilo que estiver disposto no instrumento convocatório será lei entre as partes.

Assim, se um edital de licitação estabelece determinado local, dia e horário para entrega dos envelopes, este deve ser obedecido à risca, para evitar problemas.

Afinal, é bastante provável que aquele que não se apresenta no horário pré-determinado, tenha a sua proposta rejeitada, com base no princípio da vinculação ao edital.

Entretanto, o princípio da vinculação ao edital não é absoluto!

Muitas vezes o rigor à forma deve ceder ao princípio da razoabilidade.

No caso do licitante comparecer no dia e local designados no edital, com pequeno atraso, e não estando aberta a sessão, nem tendo sido entregues os envelopes dos demais licitantes, não parece razoável que a sua proposta seja rejeita pela Comissão de Licitações.

Deve-se ter em conta os objetivos que a Administração Pública visa ao licitar.

Como finalidade imediata, a Administração Pública objetiva selecionar a proposta mais vantajosa.

Para melhor atingir sua finalidade imediata, a Administração necessita que haja possibilidade de competição entre os interessados, sendo que, quanto maior o número de interessados, maiores serão as chances de se obter uma proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Nessa esteira, quanto maior for o número de competidores, maiores serão também as chances de obtenção de propostas mais vantajosas.

Por essa razão, a exclusão de um potencial participante deve se dar por motivos relevantes.

Haveria motivo relevante para impedir a participação de um licitante, que chega na data e local designados, com poucos minutos de atraso, quando sequer havia sido aberta a sessão pública?

Parece evidente que não.

Longe de se pretender incentivar o atraso, e não perdendo de vista que a licitação é um procedimento essencialmente formal, a Administração Pública não pode adotar uma postura excessivamente formalista, a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação.

Quando o administrador público se vê diante de mera irregularidade, que seja irrelevante e que não cause prejuízo algum à Administração Pública ou aos demais concorrentes, é evidente que o rigorismo da forma deve ceder espaço à finalidade pretendida.

Impedir a participação de empresa idônea que teria plenas condições de firmar contrato com a entidade licitante a um preço competitivo, por atraso insignificante, evidentemente que frustra o valor fundamental a ser preservado em toda e qualquer licitação: a competição!

A competição deve ser estimulada e não deve ser amesquinhada indevidamente mediante limites rigorosamente impostos ou dificuldades desarrazoadas.

Afinal, o caráter competitivo é da essência da licitação!

São vários os exemplos em que, no caso prático, os Tribunais pátrios vêm reconhecendo a necessidade de se buscar sentido e compreensão ao formalismo, devendo-se ser evitado o excessivo rigor que possa afetar a concorrência (v.g.: STJ - Mandado de Segurança nº 5.418/DF).

Embora não seja recomendável o atraso, e o licitante deva sempre procurar estar sempre na data, horário e local designados no Edital para a apresentação das propostas, existem casos, sim, em que fere o princípio da razoabilidade e da competição entre os licitantes a mera rejeição das propostas daquele que se atrasa minimamente.

Ao se ver presente diante dessa indesejável circunstância, cabe ao licitante fazer consignar em ata o seu comparecimento e o horário de sua chegada, além de exigir da Comissão de Licitação que retenha seus envelopes, ainda que eles não sejam abertos na sessão. A função da retenção dos envelopes é simples: exercendo

o interessado seu direito de recurso (que poderá ser administrativo ou judicial, através de Mandado de Segurança), em caso de deferimento a Comissão, já de posse dos envelopes, determinará de que forma se realizará a abertura.

Este boletim é de responsabilidade
da sociedade de advogados

PEREGRINO NETO & BELTRAMI ADVOGADOS
inscrita na OAB/PR sob o n. 19

Peregrino Dias Rosa Neto

Renato Beltrami

Eduardo Pereira de Oliveira Mello

Francisco Braz Neto

Paulo Cesar Busnardo Junior

Nemo Eloy Vidal Neto

Silviane Scliar Sasson

Gerald Koppe Junior

Deborah Guimarães

Marina Talamini Zilli

Benoît Scandelari Bussmann

Cristiana Lacerda de Oliveira Franco

Michelle Pinterich

Maria Augusta Pisani Geará

Mathieu Bertrand Struck

Luciana Brustolin de Castro Maranhão

Ana Letícia Dias Rosa

Alessandra Mizuta

Rua Carlos de Carvalho, n. 722 - Curitiba - PR
CEP 80430-180 Fone 41 219-3300 Fax 41 224-4461
escritorio@peregrinoneto.com.br