



**Título :** LICITAÇÃO – RECURSO FEDERAL – INSTITUIÇÃO FEDERAL – PUBLICAÇÃO NO DOU – NECESSIDADE – AVALIAÇÃO DE CADA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA AVERIGUAÇÃO DE ANULAÇÃO

**Autor :** Guilherme Carvalho e Sousa

**DOCTRINA - 688/221/JUL/2012**

**LICITAÇÃO – RECURSO FEDERAL – INSTITUIÇÃO FEDERAL – PUBLICAÇÃO NO DOU – NECESSIDADE – AVALIAÇÃO DE CADA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA AVERIGUAÇÃO DE ANULAÇÃO**

por **GUILHERME CARVALHO E SOUSA**

Mestre em Direito e Políticas Públicas. Pós-graduado em Direito Público. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Professor universitário em Brasília/DF. Palestrante e professor de pós-graduação em Direito e Gestão Pública em várias instituições de ensino e tribunais de contas. Advogado militante, com atuação prioritária nos tribunais superiores. Procurador do Estado. Bacharel em Administração.

**Parecer nº 190/2012 NCA-PGE/AP**

Processo nº 2012/17668

LICITAÇÃO. RECURSO FEDERAL. INSTITUIÇÃO FEDERAL. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. NECESSIDADE. AVALIAÇÃO DE CADA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA AVERIGUAÇÃO DE ANULAÇÃO.

## **RELATÓRIO**

O Secretário de Estado da Infraestrutura solicitou,<sup>1</sup> desta Procuradoria do Estado, parecer jurídico acerca de necessidade de publicação, no Diário Oficial da União, dos avisos de licitação de obras realizadas com recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Na referida consulta, abordou a existência de um ofício do Governo do Estado do Amapá, o qual determinou ao Secretário, ora consultante, a anulação de alguns procedimentos licitatórios. De igual modo, o consultante mencionou uma recomendação do Ministério Público Federal (MPF), em que foi indicada a anulação de alguns procedimentos licitatórios por ausência de formalidades, em especial resumo do edital de licitações que envolvam recursos do BNDES no Diário Oficial da União. Ressalte-se que, segundo o próprio ofício do Ministério Público Federal, essa não foi a única nulidade, salientando-se, por oportuno, a ausência, em todos os processos, de pareceres prévios desta Procuradoria do Estado, na forma do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 e, sobremaneira, do Decreto nº 3.999/10.

No ofício que corporificou a consulta, o Secretário ressaltou que uma possível paralisação das obras poderá gerar enorme prejuízo ao erário, enaltecendo, inclusive, que algumas estão em estado avançado de conclusão e outras concluídas.

Com a consulta, juntou-se, às fls. 04-05, um cronograma de desembolso de faturas das obras com recursos do BNDES. Seguidamente, à fl. 06, o aludido ofício<sup>2</sup> – já mencionado – do Governador do Estado e, às fls. 07-11, a também mencionada recomendação<sup>3</sup> do Ministério Público Federal.

O processo veio a este Núcleo Consultivo constando somente doze páginas. Era o que cumpria, laconicamente, relatar.

## QUESITOS

- 1) O descumprimento de formalidades inerentes às licitações públicas pode ser relevado em momento posterior?
- 2) O BNDES pode ser encarado como instituição federal?
- 3) Faz-se possível a emissão de parecer conclusivo no caso em concreto, emitindo análise generalizada sobre todos os procedimentos licitatórios envolvidos?

É sobre tais questionamentos que repousa o discorrer jurídico que se ocupará de responder no presente parecer.

## FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, indubitável que o questionamento proposto pelo ora consulente não pode – e nem deve – ser respondido de forma peremptória, forte nas variâncias fáticas que permeiam cada situação, ou seja, as respectivas licitações deflagradas, as quais formam situações jurídicas peculiares, merecendo, por assim dizer, análise em separado, mediante, como já salientado, as particularidades e distinções envolventes a cada caso em concreto.

De tal forma, impossível emitir parecer conclusivo sobre a indagação obrada pelo consulente, quanto mais quando os autos do processo administrativo sob epígrafe, dentro do qual se emitirá o presente *dictamen*, não carrega, à saciedade, documentação hábil suficiente para o esclarecimento profundo e acabado apto a formar um juízo único, por parte deste parecerista, na forma como pretendida na consulta.

Assim sendo, é necessário que a consulta seja específica para cada processo licitatório deflagrado, acompanhado, na íntegra, de todo o processo, pois, volta-se a repetir, cada um desses, por si só, já carrega inerências que podem permitir destoantes posicionamentos.<sup>4</sup>

Segundo testifica, ainda que superficial e tacanhamente, o cronograma de fls. 04-05, as obras encontram-se em diferentes estágios de realização, ressaltando-se que o próprio consulente afirma que algumas delas estão acabadas. De tal forma, por que emitir uma resposta única sobre situações fáticas – e jurídicas – tão diversas? A resposta, ainda que beire à obviedade, não comporta outro esclarecimento que não as argumentações baseadas nas linhas arriba delineadas.

Todavia, um esclarecimento, apenas a título ilustrativo – **e, ressalte-se, em nada exaustivo à consulta feita e, por muito menos, antagônico às razões expostas** –, merece ser fincado, até mesmo porque uma série de processos da mesma Secretaria consulente já se encontra neste Núcleo Consultivo à mercê de opinião jurídica a ser emitida.

Pois bem. A indagação que subjaz ao presente caso reduz-se a saber qual o objetivo do legislador quando previu a necessidade de publicação dos instrumentos convocatórios de licitação. Buscou o legislador mera formalidade burocrática ou visou ao atendimento de um princípio maior, a publicidade? Às claras, a segunda alternativa compõe-se como a única possível.

Dar publicidade a um procedimento licitatório dantes encetado é, simplesmente, atender ao escopo

constitucional e, sem devaneio, demonstração da mais pura obediência ao princípio da moralidade e da boa administração.<sup>5</sup> Ainda que não existisse a previsão contida em lei, a publicação de um ato administrativo estaria embutida na própria seara da legitimidade do ato.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 21, inc. I, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, assim dispõe:

Art. 21 Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais.

O possível questionamento quanto ao desiderato do legislador imposto na regra legal acima mencionada não afasta o conteúdo constitucional inerentemente vinculado ao tema “licitação pública”, sobremaneira por se tratar de algo indisponível ao interesse de quem gerencia o patrimônio público.

E como garantir tal publicidade? Por se tratar de uma licitação realizada no Estado, a divulgação deve ser restrita ao âmbito estadual? Evidente que não. As razões tornam-se mais claras quando existe um conteúdo normativo que reforça a ideia de maior publicidade, v.g., art. 21, inc. I, da Lei nº 8.666/93. Ainda que não existente esse dispositivo legal, que não apenas induz, mas obriga a divulgação nacional quando se trata de recurso federal, a própria grandeza da maior parte das licitações listadas já induziria, em homenagem à máxima amplitude concorrencial, à ampliação quanto aos meios de publicação do interesse da Administração em contratar, o que se faz, invariavelmente (excluídas as exceções legais), por meio do constitucional procedimento licitatório.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho:

A definição do Diário Oficial em que deverá ocorrer a publicação faz-se na função da órbita política que promover a licitação. **No entanto, quando a futura contratação envolver verbas federais ou garantias prestadas por instituições federais, deverá ocorrer a divulgação tanto no Diário Oficial da União** quanto no órgão de imprensa oficial da “respectiva unidade federativa”.<sup>6</sup> (Grifamos.)

Corroborando o entendimento acima:

Em se tratando de obras financiadas, total ou parcialmente, com recursos federais ou garantidas por instituições federais, os estados e municípios devem, obrigatoriamente, publicar o aviso no Diário Oficial da União, sem prejuízo das demais veiculações.<sup>7</sup>

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, navegando no mesmo sentido, enalteceu o dever da devida e escorreita publicidade, em julgado que mais parece ter sido elaborado para o caso em tela:

Não houve a devida publicidade do aviso contendo o resumo do edital da Tomada de Preços na imprensa comum, assim como em jornal de grande circulação no Estado e em jornal de circulação Regional, e nem **no Diário Oficial da União**, por se tratar de obra parcialmente financiada por verba federal, restando evidenciada a infração da norma legal disposta nos incisos I e III, do artigo 21, da Lei Federal nº 8.666/93. **Ora, a adequada publicidade é condição fundamental de validade e legitimidade do processo licitatório, sobretudo para a ampliação da competitividade do certame, com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.** (...) O severo comprometimento da publicidade da licitação, considerando também que o objeto licitado não se reveste de grande complexidade técnica, acaba afastando do certame potenciais empresas aptas interessadas em contratar com a Administração. (TCE/SP, TC-001065.006.07, Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. em 10.03.2009.)

A derradeira indagação, mesmo despcienda, apenas corrobora o entendimento alinhavado: é o BNDES uma instituição federal?

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), **empresa pública federal**, é hoje o principal instrumento de financiamento de longo prazo para a realização de investimentos em todos os segmentos da economia, em uma política que inclui as dimensões social, regional e ambiental. <sup>8</sup> (Grifamos.)

Quando criado, nos idos dos anos 60, na formatação de autarquia federal, o BNDES já possuía uma vinculação ao desenvolvimento de uma função eminentemente de fomento. Ultrapassada a Constituição de 1967 – com a respectiva emenda de 1969 –, bem assim a Constituição de 1988, o mister de tal entidade da Administração indireta, agora empresa pública federal, continua sendo a realização de investimentos.

Apesar de não constar nos autos a comprovação de que as obras foram realizadas com recursos do BNDES, há afirmação, na própria consulta, de tal fato. Assim, não restam dúvidas de que o caso em tela se amolda, com perfeita sintonia, à previsão normativa encartada no art. 21, inc. I, da Lei nº 8.666/93.

### **ALGUMAS POSSÍVEIS CONCLUSÕES**

À luz do que fora esposado, esta Procuradoria opina no sentido de impossibilidade de emissão de parecer conclusivo na forma como requerida pela consulta, consoante as razões apontadas e, em especial, diante da necessidade de análise de cada procedimento licitatório em concreto.

Com escusas de haver excedido o limite meramente técnico que a consulta formulava e adentrando, um tanto, na seara administrativa, é o que nos parece.

Remeto às considerações superiores.

#### **Como citar este texto:**

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Licitação – Recurso federal – Instituição federal – Publicação no DOU – Necessidade – Avaliação de cada procedimento licitatório para averiguação de anulação. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 221, p. 688-691, jul. 2012.

---

<sup>1</sup> Ofício nº 359/2012 – GAB/SEINF, endereçado ao Procurador-Geral do Estado, Antônio Kléber de Souza dos Santos.

<sup>2</sup> Ofício nº 052/GOV, datado de 27 de fevereiro de 2012 e endereçado ao Secretário de Estado da Infraestrutura.

<sup>3</sup> Recomendação nº 05/2012 – PR/AP.

<sup>4</sup> A título de exemplo, veja-se que os processos listados perfazem valores diversos, impingindo, portanto, modalidades licitatórias diferentes – no mais das vezes, tomada de preços ou concorrência – que guardam requisitos próprios e, por vezes, diferentes, os quais devem ser analisados pontualmente.

<sup>5</sup> Sobre o princípio da boa administração, preciosas as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “assim se define como cometimento constitucional primordial – a efetividade dessas funções – que no caso da administração

pública só há de ser a melhor gestão possível que possa realizar com os recursos por ela disponíveis. A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo poder público: é um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado – implícito na cidadania”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 119.)

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 239.

<sup>7</sup> MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada – Notas e comentários à Lei nº 8.666/93*. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011. p. 234.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2012.