



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCAD - PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

APROVADO pelo Excm. Sr.
Procurador-Geral do DF
em 24/07/09 - pelo
Min. do TCU - 1º Vice do
DF em _____

PARECER N.º 684/2009 - PROCAD/PGDF
PROCESSO N.º 410.001.549/09
INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES
ASSUNTO: MINUTA DE EDITAL

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATO. MINUTA DE EDITAL DE SOLICITAÇÃO DE PROPOSTAS. SERVIÇOS DE CONSULTORIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE TRANSPORTE URBANO DO DISTRITO FEDERAL. RECURSOS PARCIALMENTE FINANCIADOS PELO EMPRÉSTIMO INTERNACIONAL N.º 1957/OC-BR DO BID. ART.42, §5º DA LEI N.º 8.666. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO BANCO SEM AFASTAMENTO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E DOS PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO. PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE ALGUNS REQUISITOS EXIGIDOS PELAS NORMAS DE REGÊNCIA.

1. O disposto no art.42, §5º da LLCA autoriza a aplicação de normas constantes de tratado ou convenção internacional, mas não permite o afastamento das disposições constitucionais e dos princípios do ordenamento pátrio.
2. O arcabouço normativo de regência (Contrato de Empréstimo n.º 1957/OC-BR, Documento GN 2350-7, CF/88 e Lei n.º 8.666) e a jurisprudência do TCU permitem concluir pela existência de irregularidades que devem ser sanadas pelo órgão.
3. Irregularidades que obstam o regular andamento do procedimento, tais como a ausência da estimativa de custos, do cumprimento do art.16, I e II da LC 101/00, do Aviso Geral de Aquisições, da Lista Curta ou da previsão editalícia do orçamento-base do certame (Acórdão n.º 1.312/2009 do TCU).
4. Critérios de pontuação das propostas técnicas que devem resguardar a competitividade e isonomia do certame.

Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa,

1. RELATÓRIO

Trata-se de procedimento administrativo pelo qual a Secretaria de Estado de Transportes solicita a emissão de parecer jurídico acerca de minuta de edital de licitação (Solicitação de Proposta - SDP) vinculada ao Contrato de

Folha nº: 202
Processo nº: 410.001.549/09
Rubrica: [assinatura]
Matrícula nº: 39.014-3

8

Empréstimo n.º 1957/OC-BR firmado com o BID para o financiamento parcial do Programa de Transporte Urbano do Distrito Federal.

O órgão consultante pretende a contratação de serviços de consultoria destinados ao fortalecimento institucional da Gestão de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal. O objeto da contratação, de acordo com o Termo de Referência, corresponde a quatro lotes, a saber: a) elaboração, revisão e atualização dos instrumentos de regulação; b) análise e melhoria estrutural de sistemas, métodos e processos de trabalho; c) revisão do sistema de gestão de pessoas; d) capacitação gerencial, técnica, operacional e administrativa das equipes da Secretaria de Transportes e DFTRANS.

Instruem os autos:

a) Memorando n.º 41/UGP/ST/DF, inaugurando o procedimento - fls.1-2; b) Despacho do Coordenador Executivo da UGP/PTU - Brasília Integrada - fls. 3-4; c) Cópia da não-objeção do Banco Interamericano de Desenvolvimento à minuta de edital - fl.5; d) Quadro Detalhamento Despesa do Orçamento da Secretaria de Transportes, Exercício 2009, Mês de Referência: Julho - fls.6-9; e) Solicitação de Propostas SDP n.º 001/2009/PTU e respectivos anexos - fls. 10-198; f) Despacho do Secretário de Estado de Transportes aprovando a minuta do Edital SDP n.º 001/2009/PTU, ratificando o despacho da UGP-PTU/ST e autorizando a realização do procedimento licitatório - fl. 199.

É o breve relatório, em apertada síntese.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cabem algumas considerações acerca das normas disciplinadoras das contratações de bens e serviços por meio de recursos oriundos de organismo financeiro multilateral. O art. 42, §5º da Lei 8.666/93 dispõe:

"Art. 42 (...)

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil

Folha nº:	203
Processo nº:	410001549/09
Rubrica:	MU
Matrícula nº:	39.014-3

77

seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior."

Referida norma admite a adoção de procedimento licitatório decorrente de acordos e convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, mas não significa, em absoluto, o completo e ilimitado afastamento do arcabouço normativo pátrio.

Cumprе recordar que o Supremo Tribunal Federal acolhe a teoria monista-constitucionalista, segundo a qual as convenções internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional têm a mesma hierarquia que as normas internas, sujeitando-se, desse modo, à supremacia da Constituição Federal¹. Assim, qualquer exigência imposta pelo organismo financiador internacional deve estar em consonância com o disposto na Constituição Federal.

Por outro lado, a Lei 8.666/93 prevê uma série de normas que possuem substrato em princípios constitucionais atinentes à atividade administrativa e, como tais, devem ser observadas mesmo em face do permissivo do art.42, §5º da LLCA. Neste sentido, leciona Marçal Justen Filho²:

"[...] O art. 42, § 5º, significa que as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento etc. podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados a direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas."

¹ STF – RE 80.004 ("leading case").

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª ed, São Paulo: Dialética, 2009, p.559

Folha nº:	209
Processo nº:	410001549/09
Rubrica:	(assinatura)
Matrícula:	33.814-3

Daí a constatação de que a possibilidade de afastamento das normas constantes da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos se restringe às suas normas-regra, sendo vedado o afastamento de suas normas-princípio, as quais, em última instância, destinam-se a realizar os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública. Recorremos, por oportuno, às lições de Toshio Mukai³:

"Fica, então, a questão: de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei n. 8.666/93, nas licitações internacionais há que se observar tão-só as normas dos mencionados organismos financeiros internacionais e o princípio do julgamento objetivo?

Pensamos que não.

[...]

Quanto ao princípio - embora a lei obrigue agora apenas a observância do princípio do julgamento objetivo -, é óbvio que os demais princípios inscritos no art. 3º da Lei n. 8.666/93 são indiretamente, de observância obrigatória, uma vez que, para que seja atendido o princípio do julgamento objetivo, haverá que se observar as regras do edital (vinculação ao instrumento convocatório), a competitividade e o princípio da igualdade (porque este é de ordem constitucional - art. 37, XXI, da CF).

Portanto, conclui-se que, nas licitações internacionais, não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma lei, bem como os demais princípios da licitação, que decorrem do princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio Texto Constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (art. 37, XXI, da CF)."

³ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68-69.

Folha nº:	205
Processo nº:	410001549/09
Rubrica:	(assinatura)
Matrícula nº:	33814-3

No caso concreto, cumpre verificar se o contrato de empréstimo n.º 1957/OC-BR⁴ exige a adoção de outra norma que não a Lei n.º 8.666/93 e se tal norma não afronta a soberania nacional e os princípios constitucionais e legais do ordenamento pátrio.

Referido contrato dispõe expressamente, no Capítulo IV, Cláusula 4.04, de suas Disposições Especiais, que:


"CLÁUSULA 4.04. Contratação e seleção de consultores. Com recursos do Financiamento, a seleção e a contratação de consultores deverão ser efetuadas de acordo com as disposições estabelecidas no Documento GN-2350-7 ("Políticas para a seleção e contratação de consultores financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento"), datado de julho de 2006 (doravante denominado "Políticas de Consultores"), que o Mutuário declara conhecer, e pelas seguintes disposições desta cláusula:(...)"

Vê-se, portanto, que, em linhas gerais, as disposições regentes do procedimento licitatório em questão serão aquelas constantes do Documento GN-2350-7 ("Políticas para a seleção e contratação de consultores financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento") e de outras cláusulas do Contrato n.º 1957/OC-BR. Tal não significa, como antes mencionado, a exclusão de todas as demais normas do ordenamento⁵, devendo ser observados, a par daquelas disposições, os princípios constitucionais e legais aplicáveis, bem como as normas pertinentes às finanças públicas. A Lei n.º 8.666/93, ademais, deve ser utilizada como norma subsidiária naquilo em que não conflitar com as regras traçadas pelo Banco.

Por oportuno, alerta para a necessidade de que, em futuras contratações no âmbito de programas financiados por

⁴ O empréstimo foi autorizado pela Lei-DF n.º 4.010/2007 e pela Resolução do Senado n.º 46/2007. A Procuradoria Administrativa concluiu pela regularidade de suas cláusulas (Pareceres PROCAD/PGDF n.ºs 697/2007, 721/2007, 809/2007 e 159/2008).

⁵ Nesse sentido já decidiu o STJ: "...Tratando-se de recursos provenientes de contrapartida estadual e de empréstimo pelo qual se compromete também o Estado do Paraná a restituir ao BID, em prazo determinado, mediante pagamento de juros, conclui-se que, senão em seu todo, a maior parte dos recursos é de responsabilidade do Estado Brasileiro, não havendo como negar aplicação dos princípios insertos no art. 37 da Carta Política de 1988 relativos à atuação da Administração Pública, ou tampouco de algumas das regras constantes da Lei de Licitações, Lei 8.666/93." (Ag n.º 627.913/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 07.10.2004, DJ de 07.03.2005)

Folha nº:	206
Processo nº:	410.001.549/09
Rubrica:	
Matrícula nº:	39.914-3

organismo financeiro multilateral, o órgão consultante acoste aos autos tanto o contrato de empréstimo quanto todas as regras do Banco concernentes aos serviços contratados.

Fixada a premissa das normas aplicáveis ao caso, cumpre verificar a adequação jurídico-formal do procedimento ora analisado.

Em relação à seleção para a contratação de serviços de consultoria, tanto o contrato n.º 1957/OC-BR quanto o Documento GN-2350-7("Política de Consultores") prevêem os seguintes métodos de seleção: a) **método SBQC** (Seleção Baseada em Qualidade e Custo); b) **método SBQ** (Seleção Baseada em Qualidade); c) **método SOF** (Seleção com Orçamento Fixo); d) **método SBMC** (Seleção Baseada no Menor Custo); e) **método SQC** (Seleção Baseada na Qualidade dos Consultores); f) **a Seleção de Fonte Única** (ou Contratação Direta) e g) **a Seleção de Consultores Individuais**.

In casu, de acordo com o item 4 da Seção 1 da Solicitação de Propostas (SDP N.º 001/2009/PTU), a seleção da empresa a ser contratada observará o método SBQC (fl.12), o qual se afigura o mais adequado à hipótese.⁶

De acordo com o item 2.1 da "Política de Consultores", a Seleção Baseada na Qualidade e no Custo (SBQC) é um processo competitivo entre empresas constantes de uma lista curta no qual são considerados a qualidade da proposta e o custo dos serviços para a definição do proponente vencedor. Ainda de acordo com o item 2.1 da "Política de Consultores", "o custo, como fator de seleção, deve ser utilizado judiciosamente. Os pesos relativos atribuídos à qualidade e ao custo serão fixados a cada caso, de acordo com a natureza do serviço".

A Política de Consultores, item 2.2, dispõe que o método SBQC compreende as seguintes etapas:

- "(a) elaboração dos Termos de Referência (TDR);
- (b) preparação da estimativa de custo e orçamento;
- (c) publicidade;

⁶ De acordo com as Disposições Especiais, Cláusula 4.04, alínea (a) do Contrato n.º 1957/OC-BR, a regra é a utilização do método SBQC, sendo os demais métodos aplicáveis às hipóteses específicas previstas na "Política de Consultores".

Folha nº:	207
Processo nº:	410.001.549/09
Rubrica:	[assinatura]
Matrícula nº:	59.811

(d) elaboração da lista curta de consultores;

(e) elaboração e envio da Solicitação de Propostas (SDP) [que deve incluir: Carta de Solicitação de Propostas (CSP); Instruções aos Consultores (IAC); Termos de Referência (TDR) e minuta de contrato-proposta];

(f) recebimento das propostas;

(g) avaliação das propostas técnicas: exame da qualidade;

(h) abertura pública das propostas financeiras;

(i) avaliação da proposta financeira;

(j) avaliação final de qualidade e custo;

(k) negociações e adjudicação do contrato à empresa selecionada."

Por ora, interessa-nos a fase interna do procedimento, que vai até a elaboração do edital (Solicitação de Propostas - SDP).

A primeira etapa consiste na elaboração do Termo de Referência. De acordo com o item 2.3 da "Política de Consultores" os TDRs devem ser elaborados por pessoa especializada na área e o escopo dos serviços descritos nos TDRs deverá ser compatível com a disponibilidade orçamentária. Os TDRs devem, ademais, definir claramente os objetivos, metas e escopo do serviço, além de fornecer as informações disponíveis a fim de possibilitar a elaboração das propostas pelos consultores.

Os Termos de Referência referentes a cada lote foram elaborados e constam da Seção 5 da minuta do edital SDP N.º 001/2009/PTU (fls. 95-161), a qual foi aprovada pelo Secretário de Transportes (fl.199) e contou com a "não objeção" do Banco (fl.5). Houve, ademais, especificação dos serviços nos termos exigidos pela "Política de Consultores".

Porém, em relação à compatibilidade dos serviços com a disponibilidade orçamentária, verifico que **não consta dos**

Folha nº:	208
Processo nº:	410001549/09
Rubrica:	[assinatura]
Matrícula nº:	33.614-3

autos a estimativa de custos dos serviços e nem a declaração de que há disponibilidade orçamentária para atender a despesa. Tal providência é necessária em face do disposto no item 2.3 da "Política de Consultores" e no art.7º, §2º, III da Lei n.º 8.666/93, de aplicação subsidiária.

Verifico, ademais, em relação ao TDR do lote 4 ("capacitação gerencial, técnica, operacional e administrativa das equipes") constante de fls. 140-161 dos autos, que os quadros de pessoal da Secretaria de Transportes e do DFTrans utilizados no TDR datam de Junho de 2007. Recomendamos que o levantamento de pessoal seja atualizado e que, na medida do possível, seja especificado o número de beneficiários diretos das ações de capacitação, possibilitando parâmetros precisos para a estimativa dos custos das propostas. Tal medida realiza o princípio da vantajosidade e economicidade e atende à disposição do item 2.3 da "Política de Consultores", in verbis:

"(...)Caso a transferência de conhecimento ou o treinamento seja um dos objetivos do serviço, esses itens deverão ser especificamente descritos, **juntamente com detalhes sobre o número de funcionários submetidos a treinamento**, e assim por diante, a fim de permitir que os consultores estimem os recursos necessários.(...)"

A segunda etapa da seleção diz respeito à estimativa de custos (orçamento) dos serviços. Também neste ponto, parece-nos de observância obrigatória a disposição do art.7º, §2º, II da Lei n.º 8666, a qual exige elaboração de orçamento detalhado em planilhas, com os respectivos custos unitários. Tal norma realiza os princípios da vantajosidade e economicidade e não conflita com as disposições do Banco. Ao contrário, a exigência confirma a norma constante do item 2.4 da "Política de Consultores" abaixo transcrita:

"A elaboração de uma estimativa de custo cuidadosa é essencial para a distribuição realista de recursos alocados. A estimativa de custo tomará por base a avaliação do Mutuário sobre os recursos necessários à execução do serviço: tempo de pessoal, apoio logístico e insumos físicos (por exemplo: veículos e equipamento de laboratório). Os custos deverão ser classificados em duas categorias amplas: a) honorários ou remuneração (de acordo com o tipo de

Folha nº:	209
Processo nº:	410.001.549/09
Rubrica:	
Matrícula nº:	69.614-3

contrato utilizado e b) despesas reembolsáveis, e ademais divididos entre custo estrangeiro e local. Deverão, ainda, ser classificados em despesas no exterior e locais. O custo do tempo de pessoal será calculado em bases realistas tanto para pessoal estrangeiro como nacional."

Não consta dos autos a estimativa de custos nos termos acima referidos e nem o valor total estimado da contratação. Os quadros dos orçamentos referenciais dos quatro lotes (fls.114, 128, 139 e 161) não relacionam nenhum custo, devendo a Administração elaborar a estimativa detalhada do orçamento nos termos do art.7º, §2º, II da Lei 8.666 e do item 2.4 da "Política de Consultores".

Por outro lado, ressalto que, além de providenciar a estimativa de custos, deve o órgão justificar tal estimativa, comprovando que os preços estão compatíveis com os valores de mercado.

Por fim, estimado o custo e comprovada sua compatibilidade com os valores de mercado, deve-se **estimar o impacto orçamentário e comprovar a adequação da despesa com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias nos termos do art. 16, incisos I e II da LC 101/00.**

A terceira etapa da seleção diz respeito à publicidade do Aviso Geral de Aquisições, por meio do qual a Administração solicita que interessados na contratação manifestem interesse. Com fulcro nas manifestações de interesse, o órgão elabora uma lista curta de empresas para as quais serão enviadas as Cartas de Solicitação de Propostas. A etapa da publicidade está expressa no item 2.5 da "Política de Consultores" abaixo transcrito:

"Para todos os projetos, o Mutuário deve preparar e enviar ao Banco uma minuta de Aviso Geral de Aquisições. O Banco providenciará sua publicação no United Nations Development Business online (UNDB online) e no site do Banco. A fim de obter manifestações de interesse, o Mutuário deverá incluir, no Aviso Geral de Aquisições, a relação dos serviços de consultoria esperados e, também, deverá publicar um Aviso Específico de Aquisição solicitando manifestação de interesse para cada contrato de

Folha nº	260
Processo nº	410001549/09
Subprocesso nº	000
Matrícula	000.000.814-3

empresas consultoras em jornal de circulação nacional no país do Mutuário ou diário oficial nacional (se disponível na Internet) ou num portal eletrônico de acesso gratuito onde o Mutuário anuncie todas as oportunidades de negócios do governo. Adicionalmente, os contratos com custo estimado em mais de US\$200.000 deverão ser publicados no UNDB online e no site do Banco. Os Mutuários poderão, também, divulgar tais solicitações de manifestação de interesse em jornal internacional ou revista técnica. As informações solicitadas deverão limitar-se ao mínimo necessário a fim de garantir a determinação de adequação da empresa com respeito ao objeto, não devendo ser solicitadas informações complexas a ponto de desestimular consultores a manifestar interesse. No mínimo 14 dias, contados da data de publicação no UNDB online, deverão ser dados para a elaboração das respostas, antes da preparação da lista curta."

No caso presente, referida norma ainda não foi cumprida. Não consta dos autos nem a minuta do Aviso Geral de Aquisições nem a publicidade nos termos e condições supramencionados, devendo o órgão providenciar a elaboração da minuta para publicação e posterior elaboração da lista curta.

A próxima etapa (após a publicação do Aviso de Aquisições) é a elaboração da lista curta, contendo as empresa que manifestaram interesse e apresentaram qualificação para a prestação do serviço. Na elaboração da Lista Curta a Administração deverá observar as disposições dos itens 2.6 a 2.8, da "Política de Consultores" as quais dispõem sobre número e nacionalidade de consultores que devem constar da lista, entre outras regras. **Não consta dos autos a referida Lista Curta, devendo a mesma ser providenciada.**

Ressalte-se que a lista curta, assim como a estimativa de custos, já deveriam ter sido elaborados, pois deveriam constar da SDP submetida à "não objeção" do BID. Assim dispõe o Apêndice 1, item 2, alínea a, da "Política de Consultores":

"O Mutuário , antes de solicitar propostas, submeterá à revisão e "não objeção" do Banco o custo estimado e a SDP (incluindo a lista curta) propostos, procedendo às modificações à lista curta e aos documentos razoavelmente solicitados pelo Banco. Quaisquer

Folha nº	211
Processo nº	410.001.549/09
Assinatura	[Assinatura]
Matrícula nº	2.014-3

outras modificações estarão subordinadas à prévia "não objeção" do Banco, antes do envio da SDP aos consultores constantes da lista curta.⁷"

A última etapa da fase interna do procedimento diz respeito à elaboração da Solicitação de Propostas - SDP(edital), que deve incluir: Carta de Solicitação de Propostas (CSP), Instruções aos Consultores (IAC), Termos de Referência (TDR) e minuta de contrato.

Foi elaborada a minuta de Solicitação de Propostas SDP N.º 001/2009/PTU, contendo: Seção 1 - Carta de Solicitação de Propostas; Seção 2 - Instrução às empresa de consultoria; Seção 3 - Formulários Padrão das Propostas Técnicas; Seção 4 - Formulários Padrão das Propostas de Preço; Seção 5 - Termos de Referência; Seção 6 - Contrato Padrão; Seção 7 - Contrato Padrão; Seção 8 - Países Elegíveis.

Cabe asseverar que o item 8.1 da Seção 2 da SDP, estabelecendo que a informação relativa à avaliação das propostas não serão divulgadas até a publicação da adjudicação do contrato (a chamada "cláusula de confidencialidade") foi recentemente considerada regular pelo TCU por meio do Acórdão (Acórdão n.º 1.312/2009), que reformou em parte o Acórdão n.º 2.690/2008, tornando sem efeito a prévia determinação de que os órgãos excluíssem a indigitada cláusula.

Persiste, no entanto, o entendimento de que o edital deve prever "a existência prévia dos orçamentos-base dos certames, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, nos termos dos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do caput do art. 37 da Constituição Federal" (item 9.1.1.1. do Acórdão n.º 1.312/2009).

Desse modo, deve a Administração adequar o edital ao Acórdão mencionado.

Ressalto, ainda, que o órgão deverá incluir no edital previsão expressa de recursos e impugnações e instruções para

⁷ Esse é o procedimento a ser utilizado na revisão "ex ante" do BID. De acordo com o Contrato de Empréstimo 1957/OC-BR, cláusula 4.04, alínea "c", item "ii", "salvo disposição escrita em contrário pelo Banco, todos os contratos serão revisados em forma ex-ante". Não havendo nos autos referência à disposição em contrário do Banco, a revisão deverá ser "ex ante".

Folha nº:	212
Processo nº:	410.001.549/09
Rubrica:	
Matrícula nº:	33.414-3

seu manejo, nos termos do art. 40, inciso XV c/c art.109 da Lei n.º 8.666/93. **A previsão é obrigatória em face do que dispõe o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.**

Recomendo, outrossim, seja incluído no edital exigência da prova da habilitação jurídica e regularidade fiscal da empresa contratada, nos termos dos arts. 27 a 30 da Lei n.º 8.666/93 e do art.195, §3º da Constituição. A par de tais disposições não conflitarem com as normas do Banco, sua observância visa assegurar a idoneidade do contratado. A esse respeito, colacionamos o seguinte excerto jurisprudencial do STJ:

"(...)A exigência de regularidade fiscal para habilitação nas licitações (arts. 27, IV, e 29, III, da Lei nº 8.666/93) está respaldada pelo art. 195, § 3º, da C.F., todavia não se deve perder de vista o princípio constitucional inserido no art. 37, XXI, da C.F., que veda exigências que sejam dispensáveis, já que o objetivo é a garantia do interesse público. **A habilitação é o meio do qual a Administração Pública dispõe para aferir a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprir o objeto da licitação.**(...) É legítima a exigência administrativa de que seja apresentada a comprovação de regularidade fiscal por meio de certidões emitidas pelo órgão competente e dentro do prazo de validade. O ato administrativo, subordinado ao princípio da legalidade, só poderá ser expedido nos termos do que é determinado pela lei." (Resp n.º 974.854, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Diário de Justiça Eletrônico de 16.05.2008).

Na mesma esteira, leciona Carlos Ari Sundfeld:

"... não vemos inconstitucionalidade na indicação da regularidade fiscal como condição de habilitação (em licitação).

(...)

Isso não pode implicar em eliminar a incidência, no campo das licitações, da técnica, generalizada no Direito, de interditar o exercício de certos direitos (como o de contratar com a Administração) em decorrência da prática de ilícitos.

A regularidade das obrigações tributárias não é uma questão secundária e irrelevante. É, para o próprio Estado - e para a sociedade que recebe seus serviços

Folha nº:	213
Processo nº:	410.001.549/09
Rubrica:	<i>[assinatura]</i>
Matrícula nº:	29.814-3

- questão vital. Daí a razoabilidade da lei condicionando a aquisição ou o exercício de certos direitos de natureza econômica à regularidade fiscal."⁸

Na Instrução às Empresas de Consultoria, as folhas de dados dos quatro lotes relacionam a prévia prestação de serviços de consultoria especializada em contratos financiados pelo BID e BIRD, ou outro organismo internacional, como critério de pontuação. Com efeito, consta do item 5.2 das folhas de dados da IAC:

"Será avaliada a experiência anterior da Empresa Consultora na execução dos seguintes tipos de serviços de consultoria, os quais estão relacionados de acordo com a ordem de relevância com que serão considerados, em contratos sob sua responsabilidade:

(a) Consultoria Especializada em Fortalecimento da Gestão de Sistemas de Transporte Público Coletivo financiados pelo BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento ou BIRD - Banco Mundial.

(b) Consultoria Especializada em Fortalecimento da Gestão de Sistemas de Transporte Público Coletivo financiados por quaisquer organismos internacionais.

(c) Consultoria Especializada em Fortalecimento da Gestão de Sistemas de Transporte Público Coletivo financiados por quaisquer organismos nacionais.

(d) Consultoria Especializada em Capacitação Gerencial, Técnica, Operacional e Administrativa das Equipes."

De acordo com jurisprudência do TCU, a experiência em contratos financiados por organismos internacionais não pode ser critério de diferenciação de pontuação, sob pena de afronta ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, devendo ser excluída (Acórdão n.º 370/2004 e 1514/2003 - Plenário). Sugerimos, assim, que o órgão exclua a diferenciação de pontuação com fulcro na fonte de

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 122

Folha nº:	214
Processo nº:	410001549/09
Rubrica:	[assinatura]

financiamento estabelecida no item 5.2 das folhas de dados da IAC, adequando o instrumento ao entendimento do TCU.

Por outro lado, parece-nos temerária, ante a restrição de competitividade e o disposto no art.30, §5º da Lei n.º 8.666/93, a exigência, também constante do item 5.2 das folhas de dados, no sentido de que o especialista coordenador da equipe possua no mínimo 10 (dez) anos de experiência em trabalhos similares. Cabe, no entanto, ponderar que o TCU (Acórdão n.º 26/2007) tem entendido que exigências de qualificação tais como essa até podem ser incluídas, desde que justificado e demonstrado que a exigência, ante a complexidade do objeto, é imprescindível à satisfação do interesse público perseguido.

Neste sentido, colhemos da doutrina a seguinte lição:

"(...) Se ficar cabalmente constatado que as exigências de quantidades mínimas e prazos máximos, local e tempo determinado são imprescindíveis à aferição da experiência anterior em face da complexidade do objeto, poderão ocorrer, ainda que restritivas da competitividade, a fim de resguardar o interesse público que se quer satisfazer com a licitação."⁹

A disposição constante da alínea (e) do item 5.2 das folhas de dados, que atribui pontuação para a participação de pessoas nacionais do Brasil na equipe do "pessoal-chave" da empresa, parece-nos, a princípio, vedada pelo art.3º, §1º, I da Lei n.º 8.666/93¹⁰ e pelo princípio constitucional da isonomia. Penso que a utilização do critério da nacionalidade exige uma justificativa para utilização do *discrimen* como meio adequado à concretização de outros valores de índole constitucional (desenvolvimento nacional, soberania, pleno emprego etc). Desse modo, cabe ao administrador, mediante a ponderação de valores constitucionais, avaliar se a discriminação se justifica para

⁹ In "Alguns aspectos da demonstração da capacidade técnica em licitações públicas", Revista Zênite ILC – Licitação e Contratos, 952/93/Nov./2001.

¹⁰ "Art.3º.(...)"

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"

Folha nº:	215
Processo nº:	410001549/2009
Rubrica:	
Matrícula nº:	39.014-3

a salvaguarda de outros interesses constitucionalmente consagrados.

A minuta do contrato consta de fls. 163-198 dos autos, tendo sido utilizado contrato padrão nos moldes sugeridos pelo Banco. Percebo, no entanto, que não há qualquer modificação de cláusulas para adaptar o instrumento ao caso concreto, não havendo sequer menção à Lei que rege o contrato.

O item 1.2 das Disposições Gerais do Contrato simplesmente estabelece que o contrato será regido pela lei aplicável. A disposição deve ser adequada ao caso concreto, devendo ser inserida previsão de que as normas regentes serão aquelas do Contrato de Empréstimo n.º 1957/ OC-BR, do Documento GN 2350-7 ("Política de Consultores"), da Constituição Federal de 1988 e dos princípios jurídicos do ordenamento pátrio. Deve ser incluída na disposição a previsão de que a Lei n.º 8.666/93 tem aplicação subsidiária naquilo em que não conflitar com as normas do Banco.

Conforme mencionado, deve o órgão efetuar as modificações no contrato adaptando suas cláusulas ao caso concreto. Sugere-se, outrossim, a inclusão das cláusulas necessárias constantes do art. 55 da Lei n.º 8.666/93, as quais são compatíveis com as normas do Banco.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina-se pelo retorno dos autos ao duto órgão consulente a fim de implementar as recomendações e sugestões feitas no presente opinativo, bem como sanar as irregularidades aqui apontadas.

É o parecer, *sub censura*.

À elevada consideração superior.

Brasília, 16 de julho de 2009.



BRUNO PAIVA DA FONSECA
Procurador do Distrito Federal

Folha nº:	216
Processo nº:	410.001.549/09
Rubrica:	[assinatura]
Matrícula nº:	39.814-3



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Processo nº: 410.001.549/2009
Interessado: SECRETARIA DE TRANSPORTES
Assunto: MINUTA DE EDITAL

Folha nº:	217
Processo nº:	410.001.549/09
Rubrica:	[assinatura]
Matrícula nº:	33.914-3

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral,

Versam os autos acerca de procedimento licitatório (Solicitação de Propostas – SDP) visando a contratação de serviços de consultoria técnica destinados ao fortalecimento institucional da Gestão de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal.

O objeto da contratação, dividido em quatro lotes, integra o Programa de Transporte Urbano do Distrito Federal, parcialmente financiado com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID (Contrato de Empréstimo n. 1957/OC-BR).

Designado para a emissão de parecer, o i. **Procurador do Distrito Federal Dr. Bruno Paiva da Fonseca** opinou pelo retorno dos autos ao Órgão consulente, com vistas à **adoção das recomendações perfilhadas no bojo de seu opinativo.**

Síntetizo as imperfeições apontadas:

a) não constam dos autos a estimativa de custos dos serviços, nem a declaração de disponibilidade orçamentária para a realização da despesa;

b) o Termo de Referência relativo ao lote 04 se baseia em dados de junho de 2007, devendo ser atualizado;

c) não constam dos autos a minuta do Aviso Geral de Aquisições, bem como a comprovação da publicidade nos termos da Política de consultores;

d) ausência da lista curta;

e) deverá o Edital prever os recursos e impugnações cabíveis quanto aos atos praticados pela Administração (art. 5º, LV da CF);

f) necessária a inclusão de exigência de prova de habilitação jurídica e regularidade fiscal;

g) deverá ser excluída do item 5.2 das folhas de dados da IAC a diferenciação de pontuação que tenha por base a fonte de financiamento dos serviços de consultoria pretéritos a serem aferidos a título de experiência;

h) recomendou a apresentação de justificativa ou a exclusão da exigência de tempo mínimo de experiência do coordenador de equipe;


i) a pontuação dada à participação de nacionais do Brasil na equipe do "pessoal chave", diante da possibilidade de violação do princípio constitucional da isonomia, exige justificativa em face dos valores protegidos constitucionalmente;


j) recomendou, desde logo, a adequação da minuta do contrato padrão às circunstâncias do caso concreto a se licitar.

Em face do exposto, submeto à apreciação de Vossa Excelência o Parecer nº 684/2009 - PROCAD/PGDF, o qual aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

À superior consideração.

Brasília, 17 de julho de 2009.


CÍCERO IVAN FERREIRA GONTIJO
Procurador-Chefe
Procuradoria Administrativa

Folha nº:	218
Processo nº:	410.001.549/2009
Rubrica:	
Matricula nº:	39.014-3



**DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL**



PROCESSO: 410.001.549/2009
INTERESSADO: Secretaria de Transportes
ASSUNTO: Minuta de edital

APROVO O PARECER Nº 0684/2009 -
PROCAD/PGDF, exarado pelo ilustre Procurador do Distrito Federal
BRUNO PAIVA DA FONSECA, bem como a cota de fls. 217/218,
subscrita pelo eminente Procurador-Chefe da Procuradoria
Administrativa, **CÍCERO IVAN FERREIRA GONTIJO**.

Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de
Transportes do Distrito Federal.

Em 24 / 07 / 2009


MARCELO LAVOCAT GALVÃO
Procurador-Geral do Distrito Federal

Folha nº	219
Processo nº	410.001.549/09
Rubrica	Ilma
Mat.	43.182-8