

A HERMENÊUTICA DAS CERTIDÕES EXIGÍVEIS EM LICITAÇÕES E OUTRAS CONSIDERAÇÕES PERTINENTES

*Norton A. F. Moraes**

Introdução

Muito se tem discutido acerca de questões pertinentes às certidões exigíveis nos certames licitatórios, diante de diversas omissões ou generalidades contidas na lei nº 8.666/93. Tais dúvidas, suscitadas por comissões ou empresas licitantes que nos consultam, advêm dessas omissões ou generalidades legais, que geram, exatamente, a hermenêutica derivada do processo legislativo. Ou seja, da necessária interpretação da lei pelo agente executivo, em face da impossibilidade absoluta de o legislador prever toda a sorte de situações fáticas no corpo da norma jurídica objetiva.

Efetivamente, são situações “sui generis”, praticamente não abordadas pela maioria da doutrina ordinária, limitando-se esta, no mais das vezes, a uma análise superficial e genérica do texto da lei, objetivando um conhecimento generalista do instituto da licitação, em face da novidade da lei. Entretanto, com a lei já contando com quase dez anos, encontra-se, a cada dia, maior demanda de conhecimento e análise, diante da dinâmica peculiar ao direito, com a proliferação de novas normas, que são complementares às normas especificamente licitatórias, mormente na normatização de documentos oficiais.

Daí a necessidade de uma abordagem mais técnica e, sobretudo, prática, para as posturas a serem adotadas no dia-a-dia de comissões e licitantes, procurando, ainda, uma exposição didática e que atenda à imensa diversidade da realidade administrativa do Brasil, onde encontramos desde órgãos especializados na matéria integrando uma unidade administrativa, até unidades que contam com um único servidor, para todas as tarefas administrativas, inclusive o “mister” das licitações. Muitas vezes, um único servidor da câmara municipal é encarregado de todo o expediente da edilidade e, quando menos espera, surge um certame de construção de nova sede ou anexo, com as peculiares complexidades, ficando o infeliz sujeito atônito.

Assim, elaboramos o presente estudo, procurando auxiliar o interpretador do direito administrativo, sem, contudo, pretender esgotar a matéria já existente, assim como, a nascitura lei de cada dia. Finalmente, esperamos que este trabalho desenvolva a curiosidade e interesse pela matéria administrativa no meio acadêmico, possibilitando uma maior incursão no assunto pelos futuros colegas, o que rareia nessa época, mormente no Poder Judiciário não especializado.

* Auditor e consultor de empresas e da administração pública em licitações e contratos. Advogado empresarial militante

Visão geral

Em uma análise “prima facie” do disposto no artigo 27 da lei, aparenta-se simples e clara sua interpretação ao leigo menos avisado.

“Art. 27 Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômica-financeira;

IV - regularidade fiscal;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Entretanto, a aparente limitação dos documentos exigíveis em licitações tem seus desdobramentos nos artigos seguintes (28 ao 32), com repercussões inesperadas, diante da simplicidade desse normativo.

Não bastassem esses desdobramentos, existem as novas normas incidentes, que mudam a cada dia a interpretação da extensão da exigibilidade documental nos certames, acarretando graves prejuízos aos licitantes e grandes entraves para a Administração, além de dilemas judiciais disso derivados, assim como da própria hermenêutica.

Muitos já consideraram a lei nº 8.666/93 como hermética, de difícil compreensão. Cheguei a ouvir de um prefeito, quando da sua edição, que essa “era a lei da besta”, devido à coincidência de sua numeração e de sua “impossível” aplicação e cumprimento. Ledo engano !

Sem dúvida, é uma lei confusa, verdadeira colcha de retalhos. Bastavam-lhe uns sessenta artigos, de tão repetitiva e com dispositivos que, de tão óbvios, não necessitariam ser escritos. Carece, igualmente, de uma sistematização e re-ordenamento. Mas a grande verdade é que, em meio a tanta confusão, quase toda a dificuldade por ela imposta, tem solução em seu próprio bojo, com o uso da hermenêutica.

Do Dicionário de Aurélio Buarque de Hollanda:

Verbetes: hermenêutica

[Fem. substantivado de hermenêutico.]

S. f.

3. Arte de interpretar leis:

Verbetes: hermético

[Do lat. hermeticu.]

Adj.

3. De compreensão muito difícil; obscuro.

Diante disso, e para facilitar a análise do assunto, procuraremos dividir as questões abordadas neste estudo em dois grandes grupos de algumas questões que se nos apresentaram e reputamos dignas de abordagem: os intrínsecos da hermenêutica da própria lei nº 8.666/93 e os extrínsecos, derivados de suas brechas e da legislação correlata e/ou superveniente, salientando nossa pretensão de não esgotar a matéria. Efetivamente, as questões intrínsecas, no geral, já não apresentam maiores dificuldades, tendo sido objeto de diversos estudos, razão pela qual não nos aprofundaremos em uma análise mais acurada das mesmas, limitando-nos a apontá-las com breve observação.

Questões intrínsecas

Como dito, tais questões prescindem de uma análise mais acurada. Entretanto, dois aspectos não podem ser relevados, merecendo comentários neste estudo. São os dispositivos inseridos nos artigos 27 – V e 28 (geral). Vejamos.

Art. 27- V – Cuida-se, aqui, de acréscimo feito à lei, pelo disposto na lei nº 9854/99. Atente-se que o legislador não tomou o menor cuidado ao inserir o texto, colocando-o em um artigo dispositivo genérico. Note-se que se trata de artigo enunciativo de regras gerais, explicitadas pelos artigos seguintes. Enumera tipos de documentos, ou seja, seus gêneros, não suas especificações, que se encontram nos subseqüentes. Desse modo, ao inserir o inciso V, necessária seria sua especificação posterior, o que não ocorreu. Daí o questionamento: quê documento comprova o cumprimento da Magna Carta e qual a validade do ato discricionário da Autoridade em elegê-lo, sem o permissivo legal expreso? Seria uma mera declaração, uma vistoria do Ministério do Trabalho, um laudo pericial particular, uma cópia de folha de pagamento ou uma vistoria da administração ? Qual a legitimidade comprobatória desses documentos ? Estaria a Autoridade apta a elegê-los ?

Em nossa opinião, o dispositivo depende regulamentação e sua exigência é ilegal. As alterações inseridas na lei, sem o necessário cuidado de sua sistematização, trazem outros descabros como, por exemplo, a alteração dos valores do art. 23. Com essa alteração, foi esquecido o parágrafo único do art. 60, que permite o contrato verbal, sob regime de adiantamento, até o valor de 5% do disposto no inciso II – alínea “a” (RS 4.000,00 – antes, beirava R\$150,00). Faltou atenção, efetivamente.

Art. 28 – Aqui, uma questão óbvia, mas que ainda se vê reproduzida em alguns editais. Adiante teceremos comentários mais relevantes. O que cabe, nesse passo, é a exigência concomitante de cédula de identidade e de contrato social. Isso se observa em editais de contratos relativamente vultosos e, a mera cópia da lei, permite a um particular, por vezes sem capacitação, vencer o certame, diante de falta de exigência de atestados técnicos. Outras vezes, uma comissão pode entender que a falta da cédula de identidade do sócio inabilita uma empresa idônea. Tais situações não devem prevalecer. O correto

é a Administração estabelecer com quem vai contratar: se empresa, exigirá apenas o contrato social e, se pessoa física, a cédula de identidade. A mera cópia do art. 28 pode gerar contratações desastrosas à Administração.

Questões extrínsecas

Abordagem Dialética e Hermenêutica

As maiores dúvidas e controvérsias se referem às questões extrínsecas, que são, propriamente o objeto deste trabalho.

Adiante analisaremos algumas questões cruciais e até desconhecidas da maioria das pessoas, que podem fazer toda a diferença em uma licitação, de qualquer modalidade que seja.

Antes, porém, voltemos à hermenêutica da lei, para os esclarecimentos mínimos necessários à compreensão do que será expendido. Trata-se dos termos utilizados na redação dos artigos 28 e 29 e artigos 30 e 31.

Art. 28 A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, **consistirá** em:

Art. 29 A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, **consistirá** em:

Art. 30 A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á** a:

Art. 31 A documentação relativa à qualificação econômico-financeira **limitar-se-á** a:

Observe-se que os termos nos dispositivos apontados são diferentes. “Consistirá”, nos artigos 28 e 29 e “limitar-se-á”, nos artigos 30 e 31. Poderá parecer despiçando o estudo dessa hermenêutica ou, até, para alguns, enfadonha. Mas, creiam-me! Não é. Trata-se de assunto de suma importância na prática administrativa e judicial da matéria, cuja falta de domínio será o fator decisivo da derrota de seu cliente.

O simples fato de existir a diferença traz a inarredável conclusão de que o legislador teve a intenção de diferenciar os dispositivos em apreço. Em uma análise gramatical, já verificamos a distinção dos verbos “consistir” e “limitar” – “se” (reflexivo).

Analisemo-los singelamente, à luz do Aurélio, recordando da reflexibilidade do segundo, ao final.

Verbete: consistir

[Do lat. *consistere*.]

V. t. i.

1. Ser constituído; constar, compor-se:

2. Fundar-se, estribar-se, basear-se:

3. Resumir-se, reduzir-se, cifrar-se:

Verbetes: limitar

[Do lat. *limitare*.]

V. t. d.

1. Determinar os limites de, ou servir de limite a; estremar:

2. Reduzir a determinadas proporções; restringir, diminuir:

3. Fixar, estipular, marcar, designar, escolher:

V. t. i.

4. Ter como limite(s); confinar; limitar-se:

V. p.

5. Consistir unicamente; não passar; restringir-se, cingir-se, circunscrever-se:

6. Não ir além; não passar; contentar-se, restringir-se, cingir-se:

7. Ter como limite(s); confinar:

Vamos à dissecação das definições, estabelecendo, de uma maneira extremamente objetiva, seus alcances.

Artigos 28 e 29 – consistirá, ou seja, são os documentos de exigência obrigatória nas licitações (Concorrências), ressalvadas as dispensas legais Convites, leilões, etc).

Artigos 30 e 31 – limitar-se-á, ou seja, poderá ou não a Administração exigir esses documentos, conforme repute necessários à comprovação de compatibilidade com o objeto licitado. Portanto, poderá exigir todos, nenhum, ou apenas alguns deles.

Feitas essas explanações, passemos para a análise das questões extrínsecas que objetivamos abordar nesse estudo.

Questões extrínsecas

Repercussões específicas – Hermenêutica aplicada

Analisaremos, aqui, dada a diversidade de certidões reinantes no mundo jurídico, quais, realmente atendem ao determinado pela lei, e quais são imprestáveis a tal atendimento. Trataremos o assunto pelos seus tópicos respectivos, procurando a máxima objetividade cabível ao seu bom entendimento.

29 – III – prova de regularidade para com as Fazendas – nas três esferas de governo elencadas, cria-se dúvidas com as certidões expedidas em maior ou menor grau. Vejamos: na esfera federal, são necessárias duas certidões para comprovar a regularidade (Dívida Ativa e Procuradoria Nacional). Isso se deve ao fato de que os eventuais débitos de uma não aparecerem na outra certidão, sendo inarredável a apresentação de ambas para comprovação da regularidade.

Quase o mesmo ocorre com a Fazenda Municipal. Dada a diversidade de tratamento tributário ocorrente no País, alguns Municípios expedem certidão única. Porém, muitos expedem certidões específicas para tributos mobiliários e imobiliários, distintamente. Ora, isso obriga à apresentação de ambas, para a prova da regularidade. Mas a pior situação se apresenta na esfera estadual.

Nesta, muitas vezes a certidão é emitida com expressa informação de se destinar “para fins de licitação”. Entretanto, nas mesmas apenas consta não existirem débitos de ICMS. Silentes que são sobre o IPVA, ITBI e etc., não têm o condão de comprovar a regularidade para com a Fazenda Estadual.

Ocorre que grande número de licitantes desconhece esses detalhes e são surpreendidos por uma inabilitação e, enquanto Administração, vêm frustrado um certame que reputavam impecável. Mas a solução é simples: basta ao Administrador estabelecer precisamente os documentos exigíveis, fixando-lhes, ainda, o prazo de validade dos omissos.

31 – II – 32 - certidão negativa de falência e concordata – alguns estados brasileiros, por meio de seus Tribunais de Justiça, editaram normas (Portarias e Resoluções) que determinam que a certidão forense contenha aviso de que a mesma somente é válida em seu original. Isso, a fim de onerar o contribuinte, impedindo-o de reproduzir o documento em cartório civil, a custo muito inferior ao cobrado. Evidentemente que se trata de abuso ilegal. Ora. Se a lei federal faculta ao licitante a apresentação de qualquer cópia, nos termos do “caput” do art. 32, como poderiam suas excelências, em total arrepio ao princípio da hierarquia constitucional das leis, modificar o direito legal ? É um verdadeiro embuste, ao qual têm sucumbido diversos incautos. Mas aí está o alerta.

32 - § 2º - Finalmente, um comentário acerca da falta de lógica com que são introduzidas certas modificações no texto legal, como já demonstrado de início. A redação anterior do parágrafo tinha consistência, uma vez que o CRC substituía documentos necessários à sua obtenção e indisponíveis no momento. Com a hodierna redação, o CRC não substitui mais nada, considerando-se que os documentos que substituiria estão disponíveis “on line”. Seria melhor terem se lembrado do parágrafo único do art. 60.

Generalidades – Outras questões

Neste tópico caberia uma infindável série de comentários e conjecturas oportunas. Porém, por se tratar de estudo com uma certa limitação acerca de seu tamanho (não é um tratado), limitar-nos-emos à referência a uma situação que reputamos muito séria e que vem ocorrendo com certa freqüência. Trata-se da exigência de vistoria prévia, que se insere na lei, como exigível, no inciso III do art. 30.

Vistoria – Prazo

Com efeito, a exigência é perfeitamente legal, nos termos do dispositivo:

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que **tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais** para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

Entretanto, o que vem ocorrendo é uma burla a outro dispositivo da lei, visando frustrar o princípio da competitividade e afastando-se licitantes, por meio de fraude ou, até, por ignorância.

A questão toda se refere ao **prazo** no qual referida vistoria deve se realizar. O mais comum é publicar-se o edital, fixando a data de apresentação de propostas com base nessa publicação, e marcar-se a data de vistoria para dia dentro desse interregno. Grande engano!

Imagine-se que essa data de vistoria seja marcada para dois dias após a publicação: somente poderão participar os licitantes que obtiverem a comprovação do órgão nesse curtíssimo prazo. Conclusão: estará frustrado o prazo legal do art. 21. Mais. Se a modalidade for um convite adjudicado por itens, o qual se constitui de cem itens em locais diversos. Como um licitante desavisado poderá efetuar as cem vistorias, com o pessoal normal de que dispõe ? Frustrou-se a competitividade, ao exigir-se condição impossível. Nem se alegue que o Poder Judiciário está aí para isso. Dada a tecnicidade do assunto, um juiz ordinário não concederá uma liminar facilmente.

Mas tais situações só se tornaram possíveis pela inobservância da lei. Vejamos o que determina o § 2º do art. 21.

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:

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

Como se observa, em uma análise mais minuciosa, os prazos estabelecidos na lei nº 8.666/93 não são, simplesmente, para o recebimento das propostas. São, também, para a realização de eventos, entre os quais as vistorias. É a única interpretação hermenêutica racional que se pode ter, a fim de se preservar os princípios da legalidade e da isonomia.

Considerações Finais

Esperando ter mostrado alguns poucos pontos que merecem alerta e/ou reparos em aspectos da sistemática legal da licitação e, buscando, mais que tudo, possibilitar uma maior discussão do instituto, que sob nuvens ameaçadoras aponta, ultimamente, para direção das mais inconvenientes aos interesses públicos legítimos, espero que

esta pequena contribuição tenha servido para aprimorar os conhecimentos que quem a conhecer, lembrando o mestre Hely Lopes Meirelles.

Razoabilidade e proporcionalidade - Implícito na Constituição Federal e explícito, por exemplo, na Carta Paulista, art. 111, o princípio da razoabilidade ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa.

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque “cada norma tem uma razão de ser”.

De fácil intuição, a definição da razoabilidade revela-se quase sempre incompleta ante a rotineira ligação que dela se faz com a discricionariedade. Não se nega que, em regra, sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa.

No aspecto da atuação discricionária convém ter presente ensino de Diogo de Figueiredo Moreira Neto demonstrando que a razoabilidade “atua como critério, finalisticamente vinculado, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto” para a prática do ato discricionário. Deve haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de conveniência.

A razoabilidade deve ser aferida segundo os “valores do homem médio”, como fala Lucia Valle Figueiredo, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública. Assim, não é conforme à ordem jurídica a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus standards pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou.