

À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe (IFS).

Av. Desembargador Maynard, nº 549, Bairro Suissa.

CEP 49052-210.

Aracaju-Sergipe.

Ref.: CONCORRÊNCIA PÚBLICA – EDITAL 02/2017

Endereço Eletrônico: cpl@ifs.edu.br.

Assunto: Impugnação do Edital 02/2017.

Prezados Senhores,

O SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SERGIPE – SINDUSCON-SE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, inscrito no CNPJ sob o n.º 13.079.041/0001-67, com sede na Praça Siqueira de Menezes, nº 299, Bairro Santo Antônio, CEP 49060-650, em Aracaju - SE, por intermédio do seu Presidente o Senhor Ubirajara Madureira Rabelo, brasileiro, empresário, Engenheiro Civil, portador do RG n.º 161.627 - SSP/SE e do CPF n.º 051.655.515-91, residente e domiciliado na Rua Francisco Rabelo I. Neto, n.º 1.130, Bairro Atalaia, Aracaju – SE, vem, diante dessa douda Comissão Licitação, interpor a presente **IMPUGNAÇÃO**, em conformidade com os fatos e fundamentos adiante expostos:

LEGITIMIDADE DO SINDICATO:

A Cláusula Quarta do Edital de Concorrência 02/2017 (DA IMPUGNAÇÃO) estabelece:

4.1. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar este Edital por irregularidade na aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113 da referida Lei.

(...)

4.1.3. A impugnação poderá ser realizada por petição protocolada no seguinte endereço: Av. Desembargador Maynard, nº 549, Bairro Suissa, Aracaju (SE), CEP 49052-210.

4.1.4. As impugnações podem ser enviadas também por meio eletrônico, tempestivamente, devendo os originais, ser enviados até 02 (dois) dias úteis antes da abertura da sessão, no endereço mencionado no subitem 4.1.3.

4.2. O endereço eletrônico da Comissão de Licitação é cpl@ifs.edu.br. O contato telefônico poderá ser efetuado através do número: (79) 3711-3186/3139 (DIPOP).

O artigo 5º, inciso XXXIV, alínea 'a' da Magna Carta, por sua vez, defende a possibilidade de qualquer pessoa, física ou jurídica, impugnar o edital, pois citado dispositivo garante o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Art. 5º (...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Com efeito, as empresas da construção civil são substituídas processualmente, com a finalidade de proteger os direitos e interesses da categoria que representa, em conformidade com o inciso III, do artigo 8º, da Constituição Federal:

Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas.

Tratando-se, no presente caso, de defesa de direitos relativos a interesses das empresas filiadas ao SINDICATO, patente está à legitimidade do SINDUSCON/SE, especialmente porque assim também prevê o estatuto da entidade para agir como substituto processual.

DA COMPETÊNCIA DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO:

Quando da realização da Concorrência 01/2017, o SINDUSCON/SE solicitou esclarecimento quanto aos recursos orçamentários elencados no item 2.1 do Edital da referida concorrência, tendo a Comissão de Licitação negado-se a responder sob o argumento de que o assunto fugia a sua alçada de competência, o qual seria respondido pela Reitoria, o que nunca aconteceu.

A alegação de que o assunto foge à alçada da Comissão de Licitação não se sustenta. É obrigação da Comissão de Licitação prestar esclarecimentos sobre temas correlatos ao Edital, seja de caráter técnico, legal ou administrativo. Não é pelo fato de a Comissão de Licitação, na maioria das vezes, ser composta por técnicos da área de engenharia, que não serão respondidas as questões legais ou administrativas. Se o pedido de esclarecimento não tem pertinência com o conhecimento técnico dos membros da Comissão de Licitação, deverá ser buscada na unidade competente a informação almejada e posta à apreciação do SINDUSCON/SE e dos demais interessados.

Aliás, assim dispõe o art. 6º, XVI, da Lei 8.666/93:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Não paira dúvida de que o pedido de esclarecimento tem estreita vinculação com o Edital, uma vez que a Cláusula Segunda trata exclusivamente dos Recursos Orçamentários. Aliás, o tema orçamento é de tal importância que é tratado pela Constituição Federal, por diversos dispositivos da Lei 8.666/93 e por legislação específica, a exemplo da Lei Complementar 101/2000.

O pedido de esclarecimento cingiu-se, à época, somente sobre a existência ou não de disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para suportar as despesas decorrentes da contratação. Simples assim.

O doutrinador DIOGENES GASPARINI (Advogado. Mestre e doutor pela PUC-SP. Prof. da Escola Superior de Direito Constitucional – SP), ao tratar do tema “RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DAS COMISSÕES DE LICITAÇÃO E DO PREGOEIRO”, assentou:

Sendo os membros da Comissão de Licitação servidores públicos, é evidente que estão submetidos aos regimes de responsabilidade que vimos tratando neste ensaio, ou seja, respondem administrativa, civil e penalmente pelos atos que praticarem no exercício das atribuições que lhes cabem. Cabem-lhes em conjunto, entre outras, as atribuições de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações, conforme indicado no inc. XVI do art. 6º da Lei federal das Licitações, **e certamente as que lhe são correlatas**. Estão acolhidos pela regra geral estabelecida no art. 82, dessa lei:

Art. 82 Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Desse modo, quando no desempenho de suas funções o membro da comissão de licitação, permanente ou especial, desbordar de suas atribuições vindo, assim, a violar alguma norma administrativa responderá nos termos do que prescreve o Estatuto dos Servidores Públicos, mas também responderá civilmente em respeito à parte final do § 6º do art. 37 da Constituição Federal e, finalmente, responderá criminalmente consoante as hipóteses penais dos arts. 89 a 98 da Lei federal das Licitações e nos termos do Código Penal, quando for o caso.

Não podemos perder de vista, diante da importância do tema, a prerrogativa de a Comissão de Licitação poder diligenciar almejando esclarecer fatos sobre o processo licitatório, conforme prescreve o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, abaixo transcrito:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

É salutar lembrar, que as respostas aos pedidos de esclarecimentos são vinculantes e devem, **obrigatoriamente**, ser divulgadas para todos os Licitantes.

O fundamento jurídico dessa vinculação advém da necessidade de proteger o princípio da moralidade.

Assim, o caráter vinculativo dos esclarecimentos origina-se da proteção à confiança dos licitantes. Portanto, a resposta é oficial, tendo em vista que proferida por agente público competente. Logo, a necessidade de vincular os sujeitos aos seus posicionamentos surge da legítima expectativa que se cria quanto aos efeitos da resposta, ou seja, de que ela nada mais faz senão aclarar algum ponto do Edital, solucionando dúvidas.

O princípio da publicidade também deve ser respeitado a fim de possibilitar aos interessados o conhecimento de todos os termos do Edital. Este foi o entendimento da decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Representação n.º 715.719, na sessão da Segunda Câmara do dia 07/08/2007, *in verbis*:

‘Todavia, a Administração obriga-se a respeitar as regras que haja estabelecido previamente para disciplinar o certame. Em outras palavras, pode-se dizer que o teor do edital vincula necessariamente todo procedimento, pois constitui a lei interna da licitação, impondo rigorosa observância de suas disposições.

Assim, os atos e decisões do procedimento, além de jungidos à lei, estarão vinculados ao instrumento convocatório. Qualquer alteração que porventura venha sofrer o instrumento convocatório obriga sua republicação, sob pena de aquebrantamento dos princípios da isonomia e da publicidade dos atos, e de tornar o processo nulo.

Neste sentido, entendo pertinente transcrever o disposto no art. 21, § 4º da Lei n. 8.666/93:

‘§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.’

Frisa-se que o princípio da publicidade impõe a obrigatoriedade de publicação dos principais atos e instrumentos do procedimento, inclusive a motivação das decisões, possibilitando o conhecimento dos interessados e de todos os cidadãos. Cuide-se de oferecer transparência ao procedimento licitatório, onde é vedado o sigilo, exceto quanto ao conteúdo das propostas (Relator: Conselheiro Presidente em Exercício Antônio Carlos Andrada).

Ora, a omissão da Comissão de Licitação em responder os esclarecimentos pode ser tomado como um indicativo de omitir informações imprescindíveis, sobretudo se os esclarecimentos eram decisivos para definir questões diretamente ligadas à participação ou não no certame.

Por fim, deve-se rememorar que, de fato, constitui-se **improbidade** administrativa a negativa de publicidade dos atos administrativos. Como se vê, no art. 3.º, da Lei 8.666/93, a Administração Pública deve obediência ao princípio da publicidade, o que resguarda a democracia e propicia o controle dos gastos públicos.

Assim é que a Constituição Federal, além de afirmar que a Administração Pública deve pautar sua conduta pela observância ao princípio da publicidade (art. 37, caput), também considera garantias individuais do cidadão e entidades, a obtenção junto aos órgãos públicos, de informações de interesse pessoal ou de interesse coletivo ou geral (art. 5.º. XXXIII), para a defesa de direitos e esclarecimentos de situação de interesse pessoal (art. 5.º, XXXIV, “b”, da CF).

Nesse sentido, a Comissão deve divulgar **TODOS** os Pedidos de Esclarecimentos e suas respectivas respostas, ainda que parciais ou inexistentes, com base nos itens 3.3 e 3.4 do Edital, e no princípio da moralidade e transparência. Vale lembrar, ainda, que os Pedidos de Esclarecimentos e suas respostas devem ser encaminhados a todos os licitantes por e-mail.

Tais argumentos aplicam-se, irrestritamente, à hipótese da presente impugnação. Portanto, não há amparo legal qualquer tentativa de omissão ou resposta evasiva quanto à análise desta impugnação.

DA IMPUGNAÇÃO:

Consta do item 2.1 do Edital de Concorrência 02/2017, precisamente no item 2.1, informações referentes aos recursos orçamentários destinados à execução da obra. Eis o teor do dispositivo:

2.1. As despesas para atender a esta licitação estão programadas em dotação orçamentária própria, prevista no orçamento da União para o exercício de 2017, na seguinte classificação: Gestão/Unidade 26423/158134, Fonte 112, Programa de Trabalho 12363208020RG0028, Elemento de Despesa 449000, PTRES 108828, PI VOBAN4100N.

Entretanto, da análise dos documentos acostados ao Processo Administrativo 23060.002686/2017-11, verifica-se que inexistem a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para suportar as despesas decorrentes da contratação.

Ressalta-se, num primeiro momento, a manifestação da Procuradoria-Geral Federal às fls. 327v, que ao analisar o procedimento licitatório, apresentou o seguinte argumento:

Contudo, está ausente nos autos a declaração da existência de recursos orçamentários e financeiros para fazer frente às despesas da presente demanda, e que as mesmas são compatíveis com as leis orçamentárias vigentes, exigência da legislação atinente à espécie (LRF), com codificação da despesa e autorização do ordenador de despesa, o que deve ser providenciada pela Administração.”

Ato contínuo, as unidades técnicas manifestaram-se da seguinte forma:

Às fls. 341, a Pró-Reitoria destacou:

- a) que os recursos foram garantidos pelo Ministério da Educação através do Ofício nº 1089/2014/DDR/SETEC/MEC,
- b) que os recursos citados no referido ofício poderão ser descentralizados ao IFS.

Às fls. 345, a Reitoria autorizou a despesa sob o argumento de que os recursos foram garantidos pelo Ministério da Educação, através do Ofício nº 1089/2014/DDR/SETEC/MEC, e pelo item 3.9 da Nota Técnica nº 103/2017/CGIN/DDR/SETEC/SETEC.

Os fundamentos apresentados da existência de recursos orçamentários e financeiros não atendem às exigências da legislação orçamentária aplicada à espécie.

Primeiro, porque o Ofício 1.089, datado de 06/06/14, constante às fls. 346, não é garantia da existência de recursos orçamentários e financeiros que garantam o adimplemento da execução da obra. Na verdade, o referido ofício indicou a possibilidade de liberação de créditos orçamentários apenas e tão somente para o exercício de 2015. Não é demais lembrar, que estamos no final de 2017.

Segundo, porque a Nota Técnica nº 103/2017/CGIN/DDR/SETEC/SETEC, constante às fls. 347/349, foi interpretada de forma equivocada pelas unidades técnicas do IFS. Explica-se: o item 3.9 não garante a liberação de qualquer valor, apenas informa que o Ministério da Educação envidará esforços para atender as necessidade do IFS de acordo com os recursos disponíveis.

O item 4.1, em sentido contrário ao entendimento do IFS, deixa claro que os recursos orçamentários solicitados não serão atendidos na totalidade, tendo em vista a existência de contingenciamento. Eis o teor do item 4.1:

Isto posto, reconhecemos a importância do pleito para Reitor Ailton Ribeiro de Oliveira, assim como para toda a comunidade escolar desse IF, mas, em virtude dos compromissos orçamentários já assumidos com o IFS e do contingenciamento vigente, esta Secretaria fica impossibilitada de atendê-lo, na totalidade requerida. No entanto, reiteramos, que a importante demanda ficará registrada nos arquivos da SETEC/MEC, com vistas à inclusão nos estudos de novas etapas de liberação de recursos a partir do orçamento 2018.

Resta evidente, diante do exposto, que os recursos orçamentários e financeiros, garantidores do procedimento licitatório, estão alicerçados na

eventualidade de o Ministério da Educação liberar recursos, o que, de imediato, já se sabe que poderá ocorrer apenas em 2018 e não na sua totalidade.

Em resumo, não se tem a garantia da liberação de recursos, tampouco de que a sua ocorrência será suficiente para honrar com os compromissos assumidos com a contratação da presente obra.

As alegações do SINDUSCON/SE ganham maior relevo, quando associadas ao teor da entrevista concedida pelo Ministro da Educação ao Jornal Correio de Sergipe, em 10/08/2017. Eis o teor dos comentários:

O Deputado Federal Fábio Reis relatou que houve diminuição orçamentária para todas unidades do estado. “Essas obras do IFS já estão em andamento. Diminuíram a planilha orçamentária de todos os IFS do estado. Temos unidades em Aracaju, Glória, Socorro, Poço Redondo”, disse Fábio Reis.

O ministro explicou que a tendência é ampliar gradualmente o teto de custeio dos institutos federais do país e que a verba para o IFS de Propriá, no valor de R\$ 2 milhões, está no orçamento deste ano. “O reitor abriu sete novas frentes de trabalho e tem a obra mais cara da rede, orçada em R\$ 31 milhões, o que dificultou a gestão de recursos. Conversamos com o reitor para negociarmos com as empresas, para fazer uma repactuação e baixarmos para R\$ 15 milhões. No ano passado, repassamos R\$ 6 milhões e neste ano reservamos R\$ 6 milhões para Sergipe. Estamos tentando destravar para dar continuidade às obras. Em Propriá, a demanda é de R\$ 2 milhões e está dentro do recurso que será enviado.

Portanto, entende-se que o procedimento licitatório em destaque fere dispositivos da Lei 8.666/93, senão vejamos:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao **disposto** neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º **As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:**

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

§ 3º **É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução**, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

(...)

§ 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e **indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento**, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, **a indicação** sucinta de seu objeto e **do recurso próprio para a despesa**, e ao qual serão juntados oportunamente:

Nessa linha de pensar, imperativo transcrever trecho de texto de autoria de CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS: Procuradora Federal. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

Ao determinar a indispensável previsão ou indicação da disponibilidade orçamentária como condição para realização da licitação, **teve o legislador o intento de evitar que obras, serviços e compras fossem licitados e/ou contratados pela Administração Pública e, posteriormente, não viessem a ser sequer iniciados ou concluídos, por insuficiência de recursos para tanto, levando a Administração a revogar a licitação e/ou rescindir o contrato eventualmente firmado, arcando, inclusive, com os custos e prejuízos causados à contratada, de sorte a comprometer, assim, o desenvolvimento das ações e projetos administrativos e, em última análise, a satisfação ao interesse público.**

Trata-se, pois, de um imperativo lógico decorrente dos princípios da legalidade, da eficiência e da moralidade administrativa, que compelem o Poder Público a adotar práticas de planejamento administrativo e boa gestão dos recursos do Erário.

Nessa linha de intelecção, **a lei, ao exigir a previsão ou indicação dos recursos orçamentários no instante mesmo em que se procede à abertura da licitação, não pode se contentar com a mera expectativa de futuros recursos orçamentários.**

O mesmo texto traz em seu conteúdo o posicionamento da doutrina e jurisprudência do TCU:

*Sobre a questão, inclusive, Marçal Justen Filho é categórico ao afirmar que "Qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende da **previsão de recursos orçamentários**. Assim se impõe em decorrência do princípio constitucional de que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento (art. 167, incs. I e II), somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 137).*

Igualmente, Joel de Menezes Niebuhr (in Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011) leciona que:

Com o orçamento estimado em mãos, a Administração deve realizar a previsão orçamentária. A propósito, a exigência de previsão orçamentária decorre da Lei nº 8.666/93, mais precisamente do inciso III do §2º do seu art. 7º, cujo texto revela que "as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma". Nos casos de obras e serviços que se estendam por mais de um exercício, é necessário, de acordo com o inciso IV do §2º do mesmo art. 7º, que "o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal". Também o *caput* do art. 14 da Lei nº 8.666/93 determina que "nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento". **A exigência de indicação dos recursos orçamentários visa a evitar que contratos sejam celebrados sem que a Administração disponha, no seu orçamento, da previsão do montante necessário para realizar os respectivos pagamentos. Quer-se evitar contratações aventureiras e o inadimplemento da Administração.** Note-se que o dispositivo não exige a disposição de recursos antes da licitação ou mesmo antes da celebração do contrato. **O dispositivo exige apenas que se disponha dos recursos no exercício financeiro correspondente ao contrato, isto é, que haja previsão dos recursos na respectiva lei orçamentária.** Cumpre insistir - porque deveras frequente é a confusão - que a Administração não precisa dispor, à época da licitação, do montante necessário para arcar com o contrato; **ela precisa apenas indicar que há previsões no orçamento para realizar os pagamentos futuros.**

Outro não é o entendimento acerca do tema esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, cuja jurisprudência considera irregular a deflagração de licitações sem a prévia indicação e previsão, na lei orçamentária anual vigente, dos recursos suficientes para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, como revelam os arestos a seguir colacionados:

Evite a ocorrência das falhas a seguir especificadas, relativas aos dispositivos a seguir mencionados da Lei nº 8.666/1993:

- ausência ou não-apresentação de registros concernentes ao levantamento dos preços unitários da obra e/ou à composição de custos unitários dos serviços constantes no orçamento da obra, com infração do art. 7º, § 2º, inciso II;
- **ausência, por ocasião da licitação da obra, de previsão de recursos no Orçamento Geral da União que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro à época, de acordo com o respectivo cronograma, com transgressão do art. 7º, § 2º, inciso III.** (Acórdão 554/2005 Plenário)

Podem ter início obras, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, somente se existente dotação orçamentária compatível

com o valor dos serviços previstos para o exercício em curso, de acordo com o respectivo cronograma físico-financeiro, que é instrumento basilar de planejamento e programação. É exigível dos administradores públicos que, em conseqüência, não só mantenham permanentemente atualizada a referida peça, bem assim **dotem os contratos de obras públicas com empenho orçamentário suficiente para o pagamento de todas as obrigações decorrentes da execução dos serviços**, inclusive o reajustamento devido de acordo com a cláusula aplicável. (Acórdão 1320/2006 Plenário)

Auditoria. PAC na área de saneamento. Indicação da dotação orçamentária no edital.

[ACÓRDÃO]

9.7. dar ciência à Prefeitura de Santo Antônio do Descoberto/GO sobre as seguintes impropriedades:

9.7.1. a ausência nos editais de licitação da indicação da dotação orçamentária pela qual correrão as despesas previstas, com a especificação correta da classificação funcional-programática e da categoria econômica, atentando-se para a necessidade de previsão de crédito orçamentário suficiente, afronta ao disposto no art. 167, inciso I, de Constituição Federal e dos artigos 7º, § 2º, inciso III, e 38, caput, da Lei 8.666/1993;

[RELATÓRIO]

4. Diante das irregularidades, foram realizadas audiências dos responsáveis, oitivas de empresas contratadas e diligência junto à Funasa. A Secex/GO analisou as respostas e apresentou proposta de encaminhamento nos seguintes termos (fls. 224/251):

"[...]

3. Irregularidade encontrada: Realização de licitação sem previsão orçamentária, ou com previsão orçamentária insuficiente, infringindo o art. 7º, § 2º, III, da Lei 8666/93.

[...]

3.3 Análise:

[...]

Observa-se o caráter genérico e aberto das disposições editalícias sobre a origem dos recursos financiadores das obras, a descumprir o disposto no inc. III do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93, que reza: 'As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma'.

Ambos os editais não especificam a dotação orçamentária municipal de forma suficiente, fazendo de forma aberta ou incerta quanto à fonte de recursos e o volume da dotação, ou seja, não especifica o programa, o elemento de despesa e o montante de recursos.

O edital do Município de Santo Antônio do Descoberto faz referências genéricas e imprecisas às fontes complementares, citando-as como possibilidades alternativas e sem quantificar qualquer participação dessas. Tal situação equivale à chamada 'janela orçamentária', que expressa a falta de planejamento e nega o princípio e o objetivo do orçamento. Em tese e na prática, a falta completa da previsão orçamentária ou a sua previsão incompleta e inespecífica, como no presente caso, antecede (m) os condenáveis contratos guarda-chuva.

O atesto de determinados agentes públicos quanto à previsão orçamentária aventados pelos defendentes não elide a ausência de indicação da previsão orçamentária constatada em ambos os editais. Ocorre que a mera lacuna no edital da previsão orçamentária caracteriza falha formal apenas, cabendo apenas proposta de alerta às citadas prefeituras para que os futuros editais de licitação sejam elaborados de modo a identificar a previsão dos recursos orçamentários, em conformidade com o estabelecido no citado dispositivo legal.

[...]

Não se deve aqui minorar a importância das disposições legais sobre a correta previsão orçamentária dos recursos a amparar os procedimentos licitatórios, ao contrário, deve-se reconhecer sua imprescindibilidade, já que tais disposições são assecuratórias da boa gestão dos recursos públicos e especificam a conduta prudencial do gestor licitante, em conformidade com os princípios administrativos e jurídicos do planejamento, do controle, da eficiência e da segurança jurídica. (AC-11196-41/11-2 Sessão: 22/11/11 Grupo: I Classe:

III Relator: Ministro AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI - Fiscalização - Auditoria de Conformidade)

Relatório de Auditoria realizada pela Secretaria de Controle Externo de Goiás - Secex/GO no Município de Alto Paraíso/GO, no período de 28/03 a 26/04/2011. Irregularidade encontrada: ausência de previsão de recursos orçamentários suficientes ou com previsão ilimitada de recursos para a execução do respectivo objeto no exercício financeiro em curso]

[ACÓRDÃO]

9.1. determinar à Prefeitura de Alto Paraíso de Goiás/GO que quando da aplicação de recursos públicos federais:

[...]

9.1.2. em respeito ao disposto no art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, não realize licitação sem previsão de recursos orçamentários suficientes ou com previsão ilimitada de recursos para a execução do respectivo objeto no exercício financeiro em curso;

[RELATÓRIO]

4.1.1 - Situação encontrada:

A licitação relativa ao Edital de Concorrência Pública n. 03/2008 foi autorizada pelo Prefeito, Sr. [omissis], sem atentar para a necessidade de haver previsão de recursos orçamentários que assegurassem o pagamento das obrigações decorrentes das obras, de acordo com o respectivo cronograma (art. 7º, 2º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993). Como não houve recursos orçamentários suficientes, a Administração teve que alterar o objeto, excluindo a obra de esgotamento sanitário do Setor Novo Horizonte - 1ª Etapa, no valor de R\$ 1.516.113,24 do contrato firmado.

[...]

4.1.7 - Conclusão da equipe:

A licitação de obra para a qual não exista previsão de recursos orçamentários suficientes, que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de sua execução, além de contrariar as disposições da Lei de Licitações, incorre no perigo de se iniciar um empreendimento que poderá resultar em mais uma obra paralisada por falta de recursos.

A indicação dos recursos orçamentários é condição necessária para que se proceda a qualquer licitação que envolva dispêndio de recursos públicos, significando uma reserva orçamentária estimada que a Administração deve realizar para honrar os futuros compromissos assumidos.

No caso em tela, apesar de não elidir por completo o achado, o aditivo ao Contrato n. 16/2009, que suprimiu os serviços relativos ao Sistema de Esgotamento Sanitário do Bairro de Novo Horizonte (1ª Etapa), abrandou a sua gravidade, ficando o valor do contrato compatível com os recursos orçamentários disponíveis, diminuindo, assim, o risco de descontinuidade da obra.

Dessa forma, cabe dar ciência a Prefeitura de Alto Paraíso de Goiás da necessidade de haver previsão de recursos orçamentários para a execução da obra no ano. (AC-4775-21/11-1 Sessão: 21/06/11 Grupo: I Classe:

III Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER - Fiscalização - Levantamento)

Monitoramento das determinações feitas à Fundação Universidade de Brasília - FUB, por intermédio da Decisão 30/2002-P - Representação em razão da contratação da fundação de apoio com dispensa de licitação. Emissão de empenhos em valores simbólicos, configurando assunção de despesas sem a necessária cobertura orçamentária.]

[VOTO]

6. O primeiro aspecto que julgo oportuno avultar refere-se à celebração de contratos mediante a emissão de empenhos em valores simbólicos, prática a qual configura a assunção de despesas sem a necessária cobertura orçamentária, prática expressamente vedada no artigo 7º, §2º, inciso III, e §9º, da Lei 8.666/1993 e no artigo 167, inciso III, da Constituição Federal, in

verbis:

'Art. 167. São vedados:

[...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;'

7. Tal prática, além de não encontrar amparo legal, pode fomentar prejuízos para a Administração Pública, pois na hipótese de não serem concedidos créditos orçamentários suficientes para fazer frente aos compromissos já assumidos pela contratante, pode a administração, na forma do artigo 79 do Estatuto das Licitações, ser compelida a rescindir o contrato e arcar com os custos e prejuízos regularmente comprovados pela contratada. (AC-2324-43/08-Sessão: 22/10/08 Grupo: II Classe: V Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO - Fiscalização – Monitoramento)

E conclui a autora:

Ante o exposto, conclui-se que a simples inclusão de recursos em projeto de lei ao Orçamento Fiscal da União, para liberação de créditos adicionais, ou em projeto de lei à Lei Orçamentária Anual em vigor no exercício financeiro em curso, antes de sua conversão em dispositivo de lei, não se revela suficiente para emissão da declaração de existência de recursos orçamentários com vistas à deflagração de licitação para aquisição de bens ou contratação de obras e serviços.

A declaração de disponibilidade orçamentária para fins de abertura do processo licitatório somente poderá ser emitida pelos entes da Administração Pública Federal após a efetiva previsão dos recursos necessários para tanto na Lei Orçamentária Anual que estiver em vigor no exercício financeiro em curso, de modo que a mera expectativa de futuros recursos orçamentários não se mostra apta a satisfazer a exigência legal e constitucional a esse respeito.

O doutrinador Adilson Abreu Dallari, ao analisar consulta formulada por empresa licitante, apresentou a seguinte manifestação:

DOCTRINA - 101/2/ABR/1994 - LICITAÇÃO - EDITAL - INDEFINIÇÃO DO OBJETO, DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO, DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO E DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS - NULIDADE

(...)

4. Indefinição de valores e recursos orçamentários.

O art. 7º., § 2º., incisos II e III, da Lei nº. 8.666/93 é perfeitamente claro ao determinar que nenhum serviço pode ser licitado sem a presença necessária e indispensável de certos requisitos, dentre os quais cabe destacar: o orçamento detalhado; e previsão de recursos orçamentários destinados ao atendimento da despesa.

O § 6º., desse mesmo art. 7º. estabelece que serão NULOS tanto a licitação quanto o contrato dela decorrente em caso de inobservância dos requisitos supra referidos.

Ao dispor sobre os contratos, a Lei, em seu art. 57, novamente se refere ao orçamento, dizendo que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos respectivos créditos. Vale dizer: se não houver recurso orçamentário especificamente destinado a atendê-lo, não poderá ser celebrado qualquer contrato.

No caso em exame, não há nem orçamento do serviço nem indicação dos recursos orçamentários à sua execução. Não somente o edital, mas também a minuta do futuro contrato omitem a indicação da indispensável dotação orçamentária.

Vale notar que, atualmente, em face da legislação em vigor, não basta uma referência genérica. Não basta dizer que a despesa será atendida com as verbas próprias do orçamento em vigor. Atualmente, em face do disposto no art. 55, inciso V, da Lei nº. 8.666/93, é preciso constar necessariamente do contrato "o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica".

Como se pode notar, a Lei é enfaticamente redundante, repetindo por diversas vezes, em diversos dispositivos a mesma exigência. Isso foi deveras percebido por MARÇAL JUSTEN FILHO (op. cit. pág. 207), que aponta o objetivo e as consequências da redundância e da inobservância dessa exigência:

"A insistência da Lei reflete a preocupação com a inobservância da lei orçamentária. Ademais, busca reprimir o início de procedimento que não poderá culminar em resultado útil para quem quer que seja. Inexistindo recursos orçamentários para a contratação, a licitação deverá ser anulada - mesmo após o julgamento das propostas. Em tal hipótese, caberá à Administração o dever de indenizar todos os partícipes pelos gastos incorridos no procedimento licitatório".

Ou seja, o que se pretende é evitar a deflagração de um procedimento licitatório inútil. Por isso mesmo é que a indicação dos recursos orçamentários deve figurar no edital, e deve constar obrigatoriamente da minuta do futuro contrato.

Como tudo isso foi desobedecido, por mais essa razão pode-se afirmar, com total segurança, que o edital em exame é nulo.

5. Conclusão

O edital em questão tem outras nulidades, que não foram objeto de indagação (por exemplo: as letras "c" e "d" da cláusula 6.4, pois a falta de orçamento não permite fixar valores disso dependentes), mas o que foi acima examinado já revela que esse edital é nulo pelo menos por quatro razões independentes e autonomamente suficientes. Cada uma dessas nulidades, isoladamente, já é motivo bastante para acarretar a nulidade do edital.

Em seu conjunto, essas nulidades crescem em progressão geométrica, fornecendo sólidos indícios de desvio de poder e evidentes ofensas aos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade administrativa.

Portanto, em conclusão, pode-se afirmar, com a mais absoluta certeza, que o edital da Concorrência é irremediavelmente NULO.

É o incontestável parecer.

Ainda com fundamento na jurisprudência do TCU, além das já referidas, avulta-se como pedra de toque a Decisão nº 183/1992 - Plenário - TCU, deixando claro que:

(...)

Em suma, requer-se, em tal caso, a previsão de recursos orçamentários, no instante mesmo em que se procede à abertura da licitação, - e não somente uma expectativa de futuros recursos orçamentários. Vale dizer: não basta a inclusão, em projeto de lei orçamentária, de recursos que venham socorrer a despesa que o administrador tem em vista. A "previsão" de recursos orçamentários importa a existência destes recursos, como tal já contemplados na lei orçamentária.

Tem-se a destacar que, sendo a referida decisão resposta à consulta de pessoa legitimada – na forma § 2º do art. 1º da Lei nº 8.443/92 c/c o § 3º do art. 264 do Regimento Interno do TCU – **seu entendimento tem caráter normativo.**

Dessa forma, tratando-se de decisão do Tribunal de Contas da União que versa sobre regras gerais de licitação, seu conteúdo é de observância obrigatória pela Administração Pública, conforme determinado na Súmula 222 da Corte Superior de Contas, que assim dispõe:

SÚMULA Nº 222

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Outros Acórdãos mais recentes, a exemplo 819/2005 e 518/2006, encampam o posicionamento do TCU adotado na Decisão nº 183/1992.

Acórdão 518/2006 - Plenário:

11. Quanto à realização da Concorrência CO.APR.T.024.2005 sem a necessária previsão de recursos orçamentários que assegurassem o pagamento das obrigações dela decorrentes, destaco inicialmente que o art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, diferentemente do art. 6º do Decreto-Lei nº 2.300, de 21/11/1986, prevê que "As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando (...) houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma".

12. Diante disso, o fato de terem sido realizados ajustes e revisões orçamentários destinados a viabilizar a contratação da empresa Hot Line Construções Elétricas Ltda. não elide a irregularidade em comento, haja vista a necessidade de que tais ajustes e revisões tivessem antecedido não somente a contratação, mas todo o procedimento licitatório, mostrando-se pertinente a proposta da Secex/MG para que se determine à Furnas que atente à existência de créditos orçamentários anteriormente à abertura das licitações, procedendo tempestivamente, se for o caso, às revisões e ajustes necessários.

Acórdão 819/2005 - Plenário:

3.2 - início de procedimentos licitatórios sem a comprovação da existência de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes das despesas por eles geradas, bem assim do deferimento pela autoridade competente para a iniciação desses procedimentos. Tal ocorrência viola os arts. 7º, § 2º, inciso III, e § 9º, 14 e 38 da Lei n. 8.666/1993, cabendo determinação à entidade para que observe esses dispositivos;

Acrescenta-se, por oportuno, que a indicação de recursos orçamentários não se confunde com a indicação de rubrica orçamentária. Aliás, sugere-se à COMISSÃO DE LICITAÇÃO que analise detalhadamente o teor do Programa de Trabalho e do Elemento de Despesa referido no item 2.1 do Edital 02/2017.

Diante das considerações expostas, e restando confirmada a inexistência de dotação orçamentária/financeiro para custear a obrar, em ofensa às regras orçamentárias acima destacadas, dentre outras, requer o Impugnante seja reconhecida, pela autoridade administrativa competente, a nulidade do Edital 02/17.

Ante o exposto, requer a nulidade do Edital, vez que não há dotação orçamentária/financeiro para custear a obrar, em ofensa às regras orçamentárias aplicadas à espécie, em especial a legislação destacada neste petítório, bem como da farta jurisprudência acima transcrita.

Nestes termos, pede deferimento.

Aracaju (SE), 23 de novembro de 2017.

Ubirajara Madureira Rabelo
Presidente do SINDUSCON-SE