

APROVADA POR UNANIMIDADE

A inconstitucionalidade da apresentação de garantia antes da fase de habilitação nas licitações

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Antônio Sérgio Rocha de Paula

1 Fundamentação

Alguns editais de licitação têm exigido a apresentação da garantia antes da fase de habilitação. Essa inversão tem caráter prático – permitir que os órgãos possam verificar a idoneidade da garantia – e visa a proporcionar segurança ao Poder Público quanto ao cumprimento das obrigações pelo vencedor da licitação. Os editais têm mencionado o art. 18-A da Lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, como fundamento para a referida alteração.

O citado dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Essa inovação – introduzida pela Lei n.º 11.196/2005 – foi também adotada por alguns estados da federação. A Lei n.º 13.121/2008 do Estado de São Paulo, que alterou a Lei n.º 6.544/89, além da inversão das fases, autorizou o saneamento de falhas na documentação. Os Estados da Bahia, do Paraná e o Município de São Paulo têm disposições semelhantes, as quais permitem reduzir a duração do procedimento licitatório, propiciando um menor grau de litigância no curso da licitação.

Ocorre que, se na inversão das fases de habilitação e de classificação o sigilo da licitação é preservado, na antecipação da garantia esse fato não se verifica, porquanto o licitante é revelado ao apresentar garantia para o objeto oferecido.

O risco de ajuste entre os participantes é grande ou, se apenas um prestou garantia, ele poderá, até mesmo, elevar o preço.

A garantia, prevista no art. 31, III, c/c o art. 56 da Lei n.º 8.666/93, deve estar dentro do envelope da habilitação (art. 27, III, da lei citada), a ser aberto juntamente com as propostas de preço (art. 43 da norma referida).

O sigilo das propostas é princípio fundamental da licitação e corolário dos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Sobre o princípio da impessoalidade já tratou a ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁶⁰: “De um lado, o princípio da

¹⁶⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 85, *apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 69

impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador; de outro, significa a ausência de nome do administrado”.

A lição é clara e se aplica inteiramente ao caso. O Estado, ao fazer conhecer os nomes dos licitantes antes da entrega das propostas, viola flagrantemente a impessoalidade do processo, eivando-o de vício insanável.

É como bem observou o Desembargador e doutrinador paulista Ruy Stoco, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 92.762-5/3, 3ª Câmara do TJSP, j. 06.04.1999, ao decidir sobre cautelar de sequestro de bens, requerida em ação de improbidade administrativa:

[...] dos agentes públicos se exige fiel obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

Como não se olvida, dos órgãos de poder, do agente público ou do servidor público se exige postura e comportamento público sem jaça. **A estes não basta a honestidade. Impõe-se, ainda, que ostentem a aparência de honestidade; comportamento ilibado e sem sombras.** (grifo nosso – RT 764/113-121)

Conforme doutrina do professor Marçal Justen Filho¹⁶¹, “Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação”.

A antecipação de garantia traz prejuízo ao caráter competitivo da licitação, uma vez que o conhecimento prematuro da identidade dos participantes possibilita entabulação entre os interessados.

Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO EM TOMADA DE PREÇO. IMPOSSIBILIDADE.

¹⁶¹ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 6. ed, Editora Dialética, 1999, pg 79.

1. Tem-se aqui caso em que edital de licitação exigia a apresentação de garantia em até cinco dias da data da abertura da licitação.
2. De acordo com o art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, a apresentação de garantia é requisito para que o licitante seja considerado qualificado no aspecto financeiro-econômico. Como se sabe, a apresentação das qualificações insere-se na fase de habilitação, na esteira do art. 27 daquele mesmo diploma normativo, motivo pelo qual a exigência de garantia antes do referido período é ilegal.
3. Não ajuda à Administração sustentar que o edital é lei entre as partes e que a decisão que aplica os dispositivos antes mencionados viola o art. 41 da Lei n. 8.666/93, pois, se é verdade que o edital vincula o Poder Público, não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado.
4. Recurso especial não provido.

(REsp 1018107 / DF. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 26.05.2009)

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais adota o mesmo posicionamento, conforme se depreende de trecho extraído da Revista TCEMG, Edição Especial, Ano XXVII:

Representação. Entrega antecipada de garantia da proposta. “Relativamente à exigência de entrega antecipada da garantia da proposta, observa-se que o edital [...] previu que a entrega da garantia deveria ocorrer até as 16:00hs do dia 16/07/2007, [...], já as propostas deveriam ser protocoladas até as 8:30hs do dia 19/07/2007[...]. Verifica-se, [portanto], que cabe razão ao representante quanto à **ilegalidade da antecipação da garantia da proposta, uma vez que a Lei 8.666/93 prevê que a garantia da proposta poderá ser exigida na fase de habilitação, como qualificação econômico-financeira, de acordo com art. 31, III, não havendo na mesma qualquer previsão de antecipação de apresentação de documentos.** Portanto, entendo que todos os documentos de habilitação deverão ser apresentados no envelope de documentos de habilitação na data designada para apresentação deste. **Entendo, também, que a antecipação da garantia pode prejudicar a busca da proposta mais vantajosa, tendo em vista que se, eventualmente, apenas um licitante souber que prestou garantia, pode elevar o preço [...].** Dessa forma, caso a Administração prossiga com essa

exigência, **deverá efetuar-la como requisito de habilitação econômico-financeira**, nos termos do art. 31, III, da Lei 8.666/93, não cumulando-a com a exigência de capital social mínimo”. (P. 167, Representação n.º 742151, Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 11.12.2007, grifo nosso)

2 Conclusão

Na licitação, a exigência de garantia antes da fase de habilitação desobedece à regra do sigilo das propostas, violando os princípios constitucionais da impessoalidade e da igualdade (arts. 5º, I, e 37 da CF).