



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS



PARECER Nº 164/2010/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO: 00441.002776/2009-11

INTERESSADO: NAJ/MG

ASSUNTO: Análise quanto à legalidade da declaração de elaboração independente de proposta prevista na Instrução Normativa/SLTI/MPOG Nº 02/2009

IN/SLTI/MPOG nº 02/2009. EXAME DE LEGALIDADE DA DECLARAÇÃO DE "ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA". PROCEDIMENTO A SER ADOTADO PELOS ADVOGADOS DA UNIÃO QUANDO ENTENDEREM PELA ILEGALIDADE DE ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS.

I- A IN/SLTI/MPOG nº 02/2009, por representar projeção concretizadora de diversos princípios e regras constitucionais e legais que regem a matéria afeta às licitações, não se encontra eivada de vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

II- Ao analisar o correto procedimento a ser seguido pelos membros desta Advocacia-Geral da União quando entenderem pela ilegalidade de atos normativos secundários, distinguimos as seguintes situações:

i) Quando a autoridade responsável pela edição do ato for assessorada pelo órgão que realiza tal análise, deve-se recomendar à mesma a alteração dos atos normativos.

ii) Quando a autoridade responsável pela edição do ato não for assessorada pelo órgão que realiza tal análise, deve-se informar essa situação ao órgão incumbido de prestar assessoramento jurídico a tais autoridades.

iii) Quando houver divergência entre órgãos e entidades da Administração Federal, a questão deverá ser encaminhada a esta Consultoria-Geral da União, para uniformização de entendimento.

III- Logo, o procedimento a ser adotado jamais passa pela simples recomendação de que se afaste a aplicação de atos editados pelos órgãos que detêm legitimidade democrática para tanto com fundamento em análise de conveniência e oportunidade.

IV- Em razão da relevância da matéria, sugerimos o encaminhamento de orientação aos órgãos consultivos nos termos expostos.



Senhor Coordenador-Geral Substituto,

- 1 -

1. Em 09/11/2009, o i. Coordenador-Geral do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Belo Horizonte/MG solicitou a este Departamento o exame da legalidade da exigência da "Declaração de Elaboração Independente de Proposta", prevista na Instrução Normativa/SLTI/MPOG Nº 02/2009.

2. A referida Instrução Normativa tem o seguinte teor:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02 , DE 16 DE SETEMBRO DE 2009.
Publicada no D.O.U, nº 178, seção I, pág. 80, de 17.09.09

Estabelece a obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, em procedimentos licitatórios, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

O SECRETÁRIO DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, no uso de suas atribuições que lhe conferem o Decreto nº 6.081, de 12 de abril de 2007, revigorado pelo Decreto nº 6.222, de 4 de outubro de 2007, tendo em vista o disposto nos artigos 90 e 95 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e o disposto na Portaria SDE nº 051, de 3 de julho de 2009, resolve:

Art. 1º Tornar obrigatória a apresentação da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, constante no Anexo I desta Instrução Normativa, em procedimentos licitatórios, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

§ 1º Deverá constar dos instrumentos convocatórios das modalidades licitatórias tradicionais e do Pregão, em sua forma presencial, a obrigatoriedade de o licitante apresentar a Declaração de Elaboração Independente de Proposta, no momento de abertura da sessão pública.

§ 2º Deverá constar do instrumento convocatório da modalidade licitatória Pregão, em sua forma eletrônica, a obrigatoriedade de o licitante apresentar a Declaração de Elaboração Independente de Proposta, no momento da habilitação, enquanto o sistema informatizado não disponibilizar a referida declaração aos licitantes, no momento da abertura da sessão pública.

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.



ROGÉRIO SANTANNA DOS SANTOS
Secretário

ANEXO I

MODELO DE DECLARAÇÃO DE ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA

(Identificação da Licitação)

(Identificação completa do representante da licitante), como representante devidamente constituído de (identificação completa da licitante ou do Consórcio) doravante denominado (Licitante/Consórcio), para fins do disposto no item (completar) do Edital (completar com identificação do edital), declara, sob as penas da lei, em especial o art. 299 do Código Penal Brasileiro, que:

(a) a proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) foi elaborada de maneira independente (pelo Licitante/Consórcio), e o conteúdo da proposta não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação), por qualquer meio ou por qualquer pessoa;

(b) a intenção de apresentar a proposta elaborada para participar da (identificação da licitação) não foi informada, discutida ou recebida de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação), por qualquer meio ou por qualquer pessoa;

(c) que não tentou, por qualquer meio ou por qualquer pessoa, influir na decisão de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação) quanto a participar ou não da referida licitação;

(d) que o conteúdo da proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) não será, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, comunicado ou discutido com qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação) antes da adjudicação do objeto da referida licitação;

(e) que o conteúdo da proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer integrante de (órgão licitante) antes da abertura oficial das propostas; e

(f) que está plenamente ciente do teor e da extensão desta declaração e que detém plenos poderes e informações para firmá-la.

_____, em ____ de _____ de _____

(representante legal do licitante/ consórcio, no âmbito da licitação, com identificação completa)

3. No intuito de colaborar com a análise, o referido NAJ encaminhou-nos a NOTA AGU/CGU/NAJ/MG-0044/2009-PPM (fls. 02/11), que analisou a questão no âmbito desse Núcleo.



4. Na referida manifestação, considerou-se que a IN/SLTI/MPOG nº 02/2009, ao tornar obrigatória a apresentação da "Declaração de Elaboração Independente de Proposta", fixaria obrigação para participação em licitação não prevista em lei, em confronto com o disposto no art. 5º, II, da CRFB, e no art. 27, da Lei 8666/93.

5. O NAJ/MG afirma, inclusive, que o referido dispositivo da Lei de Licitações fixaria, com exclusividade, a documentação a ser exigida para a habilitação dos licitantes. Dessa forma, no âmbito do mencionado Núcleo, conclui-se que a referida Instrução Normativa estaria eivada dos vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade.

6. O i. Advogado da União que subscreve a mencionada NOTA insurgiu-se, ainda, contra o modelo de Declaração que a IN/MPOG 02/2009 trouxe em seu anexo, afirmando que, através dela, buscar-se-ia reprimir condutas que, por si só, não se caracterizariam como ilícitas. Nesse sentido, atente-se ao seguinte trecho da manifestação (fls. 09/10):

11. Parece que o modelo de declaração transcrito acima visa afastar a possibilidade dos licitantes discutirem ou divulgarem previamente suas propostas, provavelmente com o fim de evitar combinação entre os mesmos ou com servidor público para frustrar ou fraudar o procedimento licitatório.

12. Porém, a simples discussão ou informação de determinada proposta a outro licitante "em potencial" ou "de fato" não significa, de imediato, a intenção de fraudar ou frustrar a competição. Por exemplo, o licitante pode ter dúvidas quanto à elaboração de sua proposta e desejar buscar no mercado uma pessoa ou empresa mais experiente que lhe auxilie.

(...)

Isto posto, vê-se que na esfera penal a cogitação do resultado é essencial para configuração do crime. Apesar de muitas vezes a responsabilização na esfera administrativa não estar, como no âmbito penal, vinculada à cogitação do resultado pelo agente, o fato é que, no caso da IN/MPOG Nº 02/2009, não há nenhuma vedação legal às condutas que se visou reprimir. Ou seja, não é proibido por lei a discussão ou divulgação prévia das propostas entre os licitantes. O que é coibido é a combinação entre eles ou com servidor para frustrar/fraudar o certame. No modelo legal atual para o procedimento licitatório somente no caso da comprovação desta intenção (conduta dolosa), ou, no máximo, de negligência, imprudência ou imperícia (conduta culposa), poderão ser sancionadas e/ou restringidas as condutas relacionadas no anexo da referida instrução normativa.

7. No MEMORANDO enviado a este DECOR pelo Coordenador-Geral do referido NAJ, informou-se que, a despeito do posicionamento constante da mencionada NOTA, dada a controvérsia existente sobre o tema, o NAJ/MG teria deixado a critério dos órgãos assessorados exigir ou não a referida Declaração até o advento da manifestação desta Consultoria-Geral da União sobre a matéria.



8. Entretanto, a leitura atenta da NOTA AGU/CGU/NAJ/MG-0044/2009-PPM indica a orientação clara no sentido de negar-se aplicação à referida Instrução Normativa. Observe-se o extrato retirado das fls. 10/11:

Tendo em vista o procedimento fixado na Orientação Normativa-NAJ/MG Nº 17/2009, recomenda-se:

a) Informar aos órgãos assessorados por este NAJ/MG que a Instrução Normativa/SLTI/MPOG Nº 02/2009, por contrariar a lei, exorbita do poder regulamentar deferido ao Poder Executivo, razão pela qual, para que se resguarde o Princípio da Legalidade, princípio fundamental da Administração Pública, deve o administrador aplicar a lei em detrimento do regulamento, ou seja, negar aplicação à referida instrução editada pela SLTI/MPOG;

9. A fim de subsidiar a análise do processo em comento, o i. Diretor do DECOR enviou comunicação aos Núcleos de Assessoramento Jurídico e à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, solicitando a elaboração de manifestações jurídicas acerca do tema *sub examine* (fl. 15).

10. À fl. 19, resposta da CONJUR/MP, que encaminhou o PARECER/MP/CONJUR/AL/Nº 1680-4.2/2009 (fls. 20/24). Em seu âmbito, considerou-se que não haveria vícios na referida Instrução Normativa, que se destinaria a concretizar os princípios da eficiência e da competitividade. Nesse sentido, atente-se à justificativa apresentada:

Em síntese, tal declaração tem por escopo colher documento em que o licitante afirme que elaborou a proposta de forma independente e sem participação dos outros licitantes, como forma de proteger o princípio da competitividade da licitação pública, bem como desestimular a prática da conduta constante do art. 90 da Lei 8.666, de 1993, litteris:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

3. Por ocasião da análise da minuta de Instrução Normativa, no âmbito desta Consultoria Jurídica, conclui-se pela legalidade da medida, nos termos do PARECER/MP/CONJUR/AVS/Nº 1145-4.3.17/2009, que assim concluiu:

"2. A SLTI/MP pontua que a adoção deste novo documento, a ser apresentado pelos potenciais participantes de procedimentos licitatórios, tem por objetivo atender a recomendação do Ministério da Justiça, através da Secretaria de Direito Econômico (Portaria SDE nº 51/09) e combater o conluio em licitações, conduta definida como crime no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 - vide sustentação normativa de fls. 01 e 02.



3. A intenção é que os licitantes entreguem o documento por ocasião da abertura da sessão pública, à exceção dos pleitos sob a modalidade de pregão eletrônico, quando a entrega ocorreria por ocasião da habilitação jurídica. Requer-se, assim, por parte desta Consultoria Jurídica, análise jurídico-formal da minuta acostada.

...omissis..

6. O conluio entre licitantes, como fato típico, submete-se ao princípio da legalidade estrita, de maneira que não são raros os casos em que a Administração, apesar de demonstrar a conduta danosa, não consegue punir o seu praticante por carecer de prova que indique o elemento subjetivo desta conduta, que é o dolo específico (não existe conluio na modalidade culposa). A coleta de declaração com vistas a tomar o compromisso, por parte do licitante, de não assumir postura que prejudique a competição, a partir de ajuste, acordo ou qualquer outro expediente, tem o aparente condão de facilitar a instrução probatória desses processos penais, em auxílio ao objetivo punitivo do Estado.

7. Como esclarece a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, o conluio entre concorrentes nas contratações públicas pode ocorrer sob várias formas, entre as quais impende registrar a utilização de propostas fictícias ou de cobertura, a supressão superveniente de propostas, a fixação de rodízios ou rotatividade de mercado, assim como a divisão de mercado. Todas essas práticas, somadas àquelas que contam com a participação de servidores públicos, têm em comum o prejuízo ao poder público, que podendo contratar por um preço menor, acaba se obrigando a contratar bens ou serviços faturados acima do seu valor real, em completa afronta ao princípio da vantajosidade do pleito – Vide Portaria SDE nº 51, de 03 de julho de 2009, que anexamos ao presente parecer.

8. Assim, a medida se mostra razoável em face da predominância do interesse público, estando de acordo com o devido processo legal substantivo.

(...)

Nada obstante às considerações que rechaçam a exigência da referida Declaração, é de se entender que o primeiro posicionamento, já adotado no âmbito desta Consultoria Jurídica, deve prevalecer. Com efeito, a perpetração de um crime não se realiza com uma única conduta, ressalvados, evidentemente, os crimes unissubsistentes (aqueles não admitem fracionamento da conduta).

6. Assim, para o cometimento do delito previsto no art. 90 da Lei nº 8.666, de 1993, o agente percorre toda a etapa do iter criminis, ou seja, o itinerário do crime. Vale rememorar que a doutrina aponta quatro etapas diferentes no caminho do crime, a saber: a) cogitação: nesta fase, o agente somente está pensando, idealizando, planejando a prática do crime, nessa fase o crime é impune; b) preparação: é a prática dos atos antecedentes necessários ao início da execução. Não existe fato típico ainda, salvo se o ato preparatório constituir crime autônomo; c) execução: começa a agressão ao bem jurídico e, nessa fase, o agente inicia a realização do núcleo do tipo, e o crime já se torna punível; d) consumação: quando todos os elementos do fato típico são realizados.

7. A conduta descrita no caput do art. 90 da Lei nº 8.666, de 1993, revela se tratar de crime plurissubsistente, em que a conduta se exterioriza em dois ou mais atos executórios, e, portanto, admite tentativa, sendo o ajuste entre os licitantes parte integrante desta conduta. Sobre a possibilidade do crime descrito ser punível a título de tentativa, confira-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, litteris:

"ACR 2002.34.00.011858-2/DF; APELAÇÃO CRIMINAL

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. LEI 8.666/93, ART. 90. FRAUDE À LICITAÇÃO. CRIME DE DANO OU RESULTADO. TENTATIVA. 1. Se o agente não consegue, apesar dos atos praticados, fraudar a licitação,



não concluindo o iter criminis, ocorre a tentativa, (CP. Art. 14, II.) 2. Apelação parcialmente provida.”

8. Dentro desta perspectiva, visando colir e desestimular o conluio com objetivo de fraudar a licitação, é que se exige o preenchimento da Declaração de Elaboração Independente da Proposta, eis que, embora a discussão prévia não seja, por si só, conduta criminosa, inexoravelmente, o ajuste é um elemento do tipo penal (art. 90 da Lei nº 8.666/93), e integra o itinerário criminoso da conduta, podendo ser reprimido pela Administração. Ademais, escapa da lógica considerar normal a conduta daquele que, pretendendo vencer licitamente determinado certame, realize divulgação de sua proposta. Ora, se o licitante assim agir, não demonstra intenção de vencer para contratar com a Administração, ao contrário, revela o intuito de fraudar, mediante ajuste com outros.

11. No mesmo sentido posicionaram-se os Núcleos de Assessoramento Jurídico em São Paulo e em Goiânia.

12. O primeiro, no PARECER Nº0178/2010/WAT/NAJSP/AGU (fls. 60/69), assim se manifestou:

Ao que parece, a SECRETARIA DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, ao acatar o modelo de “Declaração de Elaboração de Proposta Independente”, sugerido na Portaria SDE nº 51/09, aos integrantes da Administração Pública Direta e Indireta para adoção em procedimentos licitatórios, não o fez da forma mais apropriada, vez que, s.m.j., se trata de pressuposto lógico da proposta e não de requisito de habilitação. “Embora deva ser apresentada no ‘momento da habilitação’, a nova declaração não pode ser exigida propriamente como documento de habilitação”.

A obrigatoriedade de elaboração de proposta independente sempre existiu de forma implícita, em decorrência dos princípios inerentes ao procedimento licitatório, no qual se busca a proposta mais vantajosa, em igualdade de condições (artigo 37, caput e inciso XXI, CF). É um pressuposto lógico que a proposta seja elaborada, de forma independente, segundo princípios da probidade e boa fé (artigos 113 e 422 do Código Civil/2002). O que a Instrução Normativa exige é a declaração dessa obrigação. Não cria, portanto, uma nova obrigação sem previsão legal.

(...)

No entanto, é relevante observar que o princípio do sigilo na apresentação das propostas está implícito no artigo 3º, § 3º, da Lei 8.666/93, e sua violação poderá, inclusive, acarretar a punição estabelecida no artigo 94 da Lei 8.666/93 e anulação do procedimento licitatório. Os licitantes têm o dever de apresentar a proposta com honestidade e boa-fé, dentro dos limites estabelecidos no Edital, em igualdade de condições.

(...)

Nesse sentido, o TCU, por sua Primeira Câmara, no Acórdão 169/2007, já decidiu que a combinação prévia de preços - forma de conluio - é repugnada pela norma vigente por violar frontalmente o caráter competitivo do certame, que se vincula aos princípios da moralidade, da isonomia e da vantajosidade, sendo que esta, por sua natureza econômica pode ser avaliada objetivamente, não havendo necessidade de comprovação de dolo:



Para a Lei nº 8.666/93 é despidendo a questão atinente à formação ou não de cartel. Não importa se as licitantes ocupam ou não posição dominante. É irrelevante, no caso de licitação, se a combinação prévia de preços ocorreu apenas entre duas empresas licitantes ou entre duzentas. Ambas as situações são repugnadas pela norma vigente por se chocarem frontalmente contra o caráter competitivo do certame. O caráter competitivo se vincula aos princípios da moralidade e da isonomia, como também ao da vantajosidade. Este último se reveste de uma natureza econômica, patrimonial, podendo ser avaliado objetivamente, razão pela qual não há necessidade de se comprovar que os licitantes agiram com dolo, ou intenção deliberada, de frustrar ou fraudar o certame.

(...)

Por fim, o NAJ/SP, conforme NOTA EXPLICATIVA, elaborada pelo GRUPO DE APRIMORAMENTO E REVISÃO DOS MODELOS DE MINUTAS no âmbito deste órgão, sugeridas aos dirigentes e administradores dos órgãos assessorados, adota o seguinte entendimento:

Nota explicativa: A Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 16 de setembro de 2009, determina que a Declaração de Elaboração Independente de Proposta seja exigida no momento da abertura da sessão pública da licitação, quando se dará o encaminhamento da proposta, vez que se trata de requisito intrínseco ao seu conteúdo.

Todavia, no pregão eletrônico, ao menos enquanto o sistema Comprasnet não for adaptado para disponibilizar seu preenchimento eletrônico, a IN eleger o "momento da habilitação" como adequado para o envio de tal declaração, pois nessa fase o licitante já deve encaminhar outros documentos ao pregoeiro.

Embora deva ser apresentada no "momento da habilitação", a nova declaração não pode ser exigida propriamente como documento de habilitação. Afinal, a legislação é clara ao limitar as exigências de habilitação exclusivamente àqueles documentos previstos nos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993, e o Tribunal de Contas da União exerce rigorosa fiscalização sobre tal aspecto.

Por tal motivo, caso a exigência seja inserida na fase de habilitação, ainda que se façam ressalvas expressas, é possível que surjam questionamentos e impugnações acerca da aparente ilegalidade.

Ademais, a previsão da exigência na fase de habilitação gera situação de difícil solução: caso o licitante não apresente a declaração, e considerando que a fase de aceitação da proposta já foi superada, qual a consequência a ser adotada pelo pregoeiro? O licitante não poderá ser inabilitado, pois, como visto, não se trata de documento de habilitação. A solução correta é a não-aceitação da proposta. Porém, ainda que o sistema aceite que o pregoeiro retorne à fase de julgamento da proposta sem inabilitar formalmente o licitante, haverá incorreção técnica, pois não se poderia ter passado à fase de habilitação sem a conclusão do julgamento e aceitabilidade da proposta.

Portanto, para evitar controvérsias desnecessárias, entendemos prudente prever expressamente a exigência de apresentação de tal declaração ainda na fase de julgamento da proposta, sem vinculá-la à fase de habilitação, permitindo que a consequência da não-apresentação da declaração seja a não-aceitação da proposta.

(...)

Posto isso, é possível concluir que não há ilegalidade na Instrução Normativa SLTI/MPOG Nº 02, de 16 de setembro de 2009, ao estabelecer a obrigatoriedade de apresentação da "Declaração de Elaboração



Independente de Proposta”, pois não a aponta como requisito de habilitação, nem de participação do procedimento licitatório, apenas fixa o momento de sua apresentação. Porém, isso não significa que a redação da Instrução normativa não acarrete controvérsias.

Por tais razões, acatamos o teor da citada Nota Explicativa, no sentido de que “para evitar controvérsias desnecessárias, entendemos prudente prever expressamente a exigência de tal declaração ainda na fase de julgamento da proposta, sem vinculá-la à fase de habilitação, permitindo que a consequência da não-apresentação seja a não-aceitação da proposta”.

Outrossim, em razão da natureza histórica da “Declaração de Elaboração Independente de Proposta”, sugerimos a realização de reunião entre os órgãos da Administração Federal envolvidos (AGU, MPOG e SDE), para a finalidade de reformulação da redação da referida Instrução normativa, de modo a prevenir controvérsias sobre esta questão, no âmbito administrativo e judicial.

13. Por sua vez, o NAJ/GO, ao concluir pela legalidade da “Declaração de Elaboração Independente de Proposta” no PARECER-AGU-NAJ/GO-Nº 058/2010-LCP, assim consignou:

17. Data vênia, a nosso ver, a exigência da apresentação da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, como o próprio nome diz, tem a ver com a proposta e não com a habilitação residindo, aí, talvez, a sede da controvérsia gerada com a edição da IN SLTI/MPOG nº 02/09, a impor, quem sabe, a reformulação de sua redação.

18. É que, embora deva ser apresentada no momento da habilitação, a Declaração não pode ser exigida como documento de habilitação, eis que não faz parte daqueles documentos mencionados nos artigos 28 e 31 da Lei nº 8.666/93.

19. Para que não haja ilegalidade na exigência, temos que o ideal seria prever a exigência da Declaração de Elaboração Independente da Proposta, ainda, na fase de julgamento das propostas, sem atrelamento à fase de habilitação.

20. Com efeito, a não-apresentação da Declaração, levaria a não-aceitação da proposta.

21. Insta, por outro lado, consignar que a obrigatoriedade de elaboração de proposta independente veio, na verdade, a dar nova roupagem aos princípios inerentes ao procedimento licitatório, notadamente ao do sigilo na apresentação das propostas.

22. A bem da verdade essa obrigatoriedade já existia - só que de maneira implícita - em decorrência desses mesmos princípios, com vistas à busca da proposta mais vantajosa, respeitada a igualdade de condições entre os licitantes.

23. Nessa esteira, não seria certo concluir que houve a criação de uma nova obrigação, sem cobertura legal, mas apenas um aprimoramento do arcabouço jurídico existente, carente, contudo, de aperfeiçoamentos constantes.



14. À fl. 53, manifestação do NAJ/AL, na qual o referido Núcleo concorda com os termos do PARECER elaborado NAJ/BH, e ressalta que o art. 27 da Lei de Licitações seria claro ao afirmar que os documentos a serem exigidos para a habilitação dos licitantes seriam exclusivamente os que especifica. No mesmo sentido, houve manifestação dos Núcleos de Assessoramento Jurídico em Curitiba (fl. 57) e em Recife (fls. 106/108).

15. À fl. 56, o NAJ/ES informou que o tema ainda não fora abordado em seu âmbito.

16. É o relatório. Passa-se a opinar.

- II -

17. Inicialmente, cumpre destacar que a competência deste DECOR para dirimir a controvérsia encontra previsão legal nos artigos 9º, I, a e b; 10, I; e 22 do Ato Regimental 5/2007. *In verbis*:

Art. 9º Compete ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR:

I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, especialmente no que se refere à:

- a) uniformização da jurisprudência administrativa;
- b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e

Art. 10. Integram o DECOR:

I - a Coordenação-Geral de Orientação, à qual incumbe:

- a) atuar na orientação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico para a correta aplicação da Constituição, das leis e demais atos normativos; e
- b) atuar na solução de controvérsias e na uniformização de teses jurídicas;

Art. 22. As controvérsias de interpretação entre os Núcleos de Assessoramento Jurídico, entre eles e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes, ou entre eles e as demais unidades da Advocacia-Geral da União, deverão ser encaminhadas ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR.

Parágrafo único. Outras questões jurídicas controvertidas e relevantes, ainda que circunscritas a um único Núcleo, deverão ser encaminhadas ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR.

18. Passa-se, então, à análise do mérito da consulta efetuada.



19. Primeiramente, é de se ressaltar que o raciocínio desenvolvido pelo NAJ/MG gira em torno da idéia de que a IN nº 02/2009 estabelece obrigações que não encontram correspondência em dispositivos legais.

20. Tal posicionamento não foi adotado no presente PARECER, pelas razões que se vem a expor.

21. Nesse sentido, destacamos que a Lei 8666/93 previu, em seu art. 3º, §3º, a publicidade do procedimento licitatório, ressalvando, no entanto, o conteúdo da proposta, até sua abertura. Ao assim agir, buscou o legislador garantir a competitividade do referido procedimento, necessário ao atendimento do objetivo de garantir ao Poder Público a contratação nas melhores condições possíveis.

22. Ao revelar o conteúdo da proposta oferecida para a contratação com a Administração Pública antes do final do prazo para as propostas, o particular prejudica o Poder Público, pois possibilita que seus concorrentes elaborem as próprias propostas levando esse dado em consideração, sempre imbuídos do intuito de maximizar seus lucros em detrimento da contraparte – no caso, a Administração.

23. Se o mero conhecimento dessa informação já é, por si só, prejudicial à competitividade esperada desse procedimento, o conluio entre competidores é criminalizado pelo art. 90, da Lei de Licitações. *In verbis*:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

24. É certo que o enquadramento legal no mencionado tipo penal depende da existência de especial fim de agir a informar a conduta do agente, consistente no intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

25. Entretanto, a mesma situação não se verifica em relação ao art. 93, da Lei 8666/93, ao qual pode se subsumir a conduta daquele que revela o teor de sua proposta e, com isso, impede o sucesso do certame. Nesse sentido, observe-se:



Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

26. A mesma *ratio* que informa a necessidade de, através do desconhecimento mútuo da proposta dos demais concorrentes, se obter a melhor contratação para a Administração, inspirou o legislador a criminalizar a atuação do agente público que devassa o sigilo da proposta ou permite que outrem o faça. Atente-se, nesse sentido, ao teor do artigo 94 da lei de Licitações, que, apesar de não ser aplicável à questão ora objeto de discussão, demonstra a importância do sigilo:

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

27. No mesmo sentido, determinação inserida no art. 96, V, do referido diploma legal:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:
(...)
V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:
Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

28. Percebe-se, assim, que o dever de sigilo em relação às propostas decorre da própria exigência de competitividade do procedimento licitatório, sendo ínsito a esse procedimento, e que a atitude do competidor que revela a sua proposta dentro do período em que podem ser apresentadas, ainda que de boa-fé, não apenas pode gerar prejuízo a si próprio, mas é capaz de comprometer o sucesso da todo o procedimento formal instaurado pela Administração para proceder à compra ou venda de bens, ou a contratação de serviços.

29. Dessa forma, é de se imaginar que sua conduta, prejudicial, em última análise, à Administração, não seja por ela ignorada.

30. Conclui-se, assim, que o dever do particular de não informar os demais competidores acerca do teor da sua proposta não corresponde a nova exigência, trazida pela IN MPOG 02/2009, mas é decorrência lógica da essência e dos objetivos do procedimento licitatório.



31. Ademais, se coaduna com os princípios constitucionais e legais que regem a matéria, entre os quais se destacam o princípio da eficiência e da competitividade. Esse dever se relaciona, ainda, à *ratio* que informa o princípio do sigilo das propostas.

32. Percebe-se, assim, que não se trata de adotar interpretação que reconduza a obrigação de elaborar a proposta de forma independente a princípios de pouca concreção e muita amplitude, mas de encarar o comando legal como mera especificação daquilo que a lógica do procedimento, previsto legal e constitucionalmente, impõe por si só.

33. A partir de tais constatações, passaremos a analisar cada um dos dispositivos do modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta, trazido pela IN n.º 02/2009, averiguando a possibilidade de reconduzir os deveres por ela expressos a dispositivos legais e constitucionais. Nesse sentido, observe-se:

MODELO DE DECLARAÇÃO DE ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA	
(Identificação da Licitação)	-
(Identificação completa do representante da licitante), como representante devidamente constituído de (Identificação completa da licitante ou do Consórcio) doravante denominado (Licitante/Consórcio), para fins do disposto no item (completar) do Edital (completar com identificação do edital), declara, sob as penas da lei, em especial o art. 299 do Código Penal Brasileiro, que:	
<u>(a) a proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) foi elaborada de maneira independente (pelo Licitante/Consórcio), e o conteúdo da proposta não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação), por qualquer meio ou por qualquer pessoa;</u>	Reconduz-se ao objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, ao princípio da competitividade (art. 3º, da Lei 8666/93), e ao princípio da eficiência (art. 37, <i>caput</i> , da CRFB). Além disso, relaciona-se ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do Código Civil, e aplicável também às relações estabelecidas entre o particular e a Administração Pública, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (<i>v.g.</i> Resp 914.087/R).
<u>(b) a intenção de apresentar a proposta elaborada para participar da (identificação da licitação) não foi informada, discutida ou recebida de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação), por qualquer meio ou por qualquer pessoa;</u>	Reconduz-se ao objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, ao princípio da competitividade (art. 3º, da Lei 8666/93), e ao princípio da eficiência (art. 37, <i>caput</i> , da CRFB). Além disso, relaciona-se ao princípio



	<p>da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do Código Civil, e aplicável também às relações estabelecidas entre o particular e a Administração Pública, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g. Resp 914.087/RJ). Pode corresponder ao crime previsto no art. 90 da Lei de Licitações, desde que existente o elemento subjetivo do tipo.</p>
<p><u>(c) que não tentou, por qualquer meio ou por qualquer pessoa, influir na decisão de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação) quanto a participar ou não da referida licitação;</u></p>	<p>Reconduz-se ao objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, ao princípio da competitividade (art. 3º, da Lei 8666/93), e ao princípio da eficiência (art. 37, <i>caput</i>, da CRFB). Além disso, relaciona-se ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do Código Civil, e aplicável também às relações estabelecidas entre o particular e a Administração Pública, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g. Resp 914.087/RJ). Relaciona-se, também, ao disposto no art. 98 da Lei de Licitações e pode corresponder ao crime previsto no art. 90, desde que existente o elemento subjetivo do tipo. Pode corresponder, também, crime tipificado no art. 96, V.</p>
<p><u>(d) que o conteúdo da proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) não será, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, comunicado ou discutido com qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação) antes da adjudicação do objeto da referida licitação;</u></p>	<p>Reconduz-se ao objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, ao princípio da competitividade (art. 3º, da Lei 8666/93), e ao princípio da eficiência (art. 37, <i>caput</i>, da CRFB). Além disso, relaciona-se ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do Código Civil, e aplicável também às relações estabelecidas entre o particular e a Administração Pública, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g. Resp 914.087/RJ). Pode corresponder ao crime previsto no art. 90, desde que existente o elemento subjetivo do tipo. Pode corresponder, também, crime tipificado no art. 96, V.</p>
<p><u>(e) que o conteúdo da proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer integrante de (órgão licitante) antes da abertura oficial das propostas; e</u></p>	<p>Reconduz-se ao objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, ao princípio da competitividade (art. 3º, da Lei 8666/93), e ao princípio da eficiência (art. 37, <i>caput</i>, da CRFB). Relaciona-se, também, ao disposto no art. 82 da Lei de Licitações e pode corresponder ao crime previsto no art. 90, desde que existente o elemento subjetivo do tipo. Pode corresponder, também, crime tipificado no art. 96, V.</p>
<p><u>(f) que está plenamente ciente do teor e da extensão desta declaração e que detém plenos poderes e informações para firmá-la.</u></p>	<p>-</p>



--	--

34. Percebe-se, assim, que a referida declaração apenas veiculou deveres preexistentes, fazendo com que o particular se declare ciente de obrigação cujo desconhecimento não lhe possibilitava se furtar ao seu cumprimento. Dessa forma, buscase instrumentalizar a Administração com os documentos necessários à eventual punição nas esferas administrativa, civil ou penal, a depender da intenção do agente e das conseqüências de seus atos.

35. Nesse contexto, a afirmação de que a referida Instrução Normativa/SLTI/MPOG Nº 02/2009 imporia dever sem embasamento legal para tanto corresponde à adoção de raciocínio simplista e equivocado, rechaçado na presente NOTA.

36. No que tange à alegação de que a referida Instrução Normativa violaria o disposto no art. 27 da Lei 8666/93, ao trazer mais um requisito para a habilitação em licitação, sem previsão legal, compartilhamos do entendimento do NAJ/SP acerca do tema. Consideramos que a referida declaração corresponde a pressuposto lógico da proposta, e não a requisito da habilitação, embora deva ser apresentada quando da habilitação por razões pragmáticas¹.

37. Com relação à alegação de que a "Declaração de Elaboração Independente de Proposta" seria inócua para os fins aos quais se propõe, é de se ressaltar que tal análise corresponde a juízo *político* acerca do ato normativo. Assim, uma vez fixada a legalidade da referida exigência, razões afetas à sua conveniência e oportunidade não permitem que se sugira ou determine aos órgãos assessorados o descumprimento da norma em razão de sua imperfeição ou inconveniência, salvo em situações extremamente excepcionais.

38. Outrossim, pela relevância do tema e repercussões práticas que pode gerar, faz-se necessário esclarecer o procedimento a ser adotado pelos advogados públicos ao constatarem a ocorrência de vícios em atos normativos secundários, em decorrência de sua incompatibilidade com os atos primários dos quais retiram seu fundamento imediato de validade.

¹ No pregão eletrônico, por exemplo, o referido momento foi estabelecido enquanto o sistema Comprasnet não disponibilizar seu preenchimento eletrônico. Dessa forma, exige-se o encaminhamento da referida Declaração nesse momento, pois é quando o licitante deve encaminhar outros documentos ao pregoeiro.



39. Nesse sentido, entendemos que, ao afastar a aplicação de ato editado por autoridade superior, o administrador estaria desrespeitando uma ordem por ela exarada, em desconformidade com a estrutura hierárquica existente na Administração Pública.

40. Da mesma forma, consideramos inadequado o comportamento do administrador que desrespeita norma regularmente editada por autoridade que não lhe é superior, sob a justificativa de que tal norma estaria em desconformidade com as demais do ordenamento jurídico².

41. De fato, as normas secundárias representam concretizações das idéias consubstanciadas nas normas primárias, das quais retiram seu fundamento imediato de validade. A análise de sua compatibilidade ou não com as mesmas, na esfera administrativa, deve ser conduzida pela autoridade que detém competência para editá-las, nos termos das leis regentes. Ao afastá-las, o administrador estaria se substituindo à autoridade competente e usurpando atribuições que não são suas.

42. Ressalte-se que o entendimento *supra* exposto não veda a impugnação legítima a tais atos, que deve ser conduzida, na esfera administrativa, da forma que se vem a expor.

43. Nesse contexto, sugerimos aos advogados públicos que, ao verificarem a aparente ilegalidade de atos normativos editados pela autoridade por eles assessorada, recomendem à mesma a alteração de tais atos.

44. Existem situações, entretanto, em que a autoridade responsável pela edição do ato não é diretamente assessorada pelo órgão que realiza tal análise. Nesses casos, sugere-se ao mesmo que, ao constatar a necessidade de adequação do ato normativo, informe essa situação ao órgão incumbido de prestar assessoramento jurídico a tais autoridades.

² Essa é a situação do caso submetido à análise. De fato, atentando às atribuições que lhe foram conferidas, o MPOG editou instrução normativa para tratar do procedimento a ser adotado nas licitações para as contratações efetuadas pela Administração Pública Federal. Tal procedimento deve ser observado mesmo pelos órgãos que não são subordinados imediatamente a esse Ministério. Percebe-se, assim, que existem atos normativos editados por órgãos setoriais cujos efeitos atingem toda a Administração.



45. A persistir a divergência, encaminhe-se a questão a esta Consultoria-Geral da União, para que proceda à uniformização da questão, nos termos dos incisos V e VI, do art. 3º do Ato Regimental nº 7/2005. *In verbis*:

Art. 3º Compete à Consultoria-Geral da União:

V - assistir o Advogado-Geral da União na interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

VI - participar do deslinde de controvérsia jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, objetivando sua solução em sede administrativa;

46. Conclui-se, portanto, que o procedimento a ser adotado jamais passa pela simples recomendação de que se afaste a aplicação de atos editados pelos órgãos que detém legitimidade democrática para tanto com fundamento em análise de conveniência e oportunidade.

- III -

47. Por todo o exposto, consideramos que a IN/SLTI/MPOG nº 02/2009, por representar projeção concretizadora de diversos princípios e regras constitucionais e legais que regem a matéria afeta às licitações, não se encontra eivada de vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

48. Ao analisar o correto procedimento a ser seguido pelos membros desta Advocacia-Geral da União quando entenderem pela ilegalidade de atos normativos secundários, distinguimos as seguintes situações:

I) Quando a autoridade responsável pela edição do ato for assessorada pelo órgão que realiza tal análise, deve-se recomendar à mesma a alteração dos atos normativos.

II) Quando a autoridade responsável pela edição do ato não for assessorada pelo órgão que realiza tal análise, deve-se informar essa situação ao órgão incumbido de prestar assessoramento jurídico a tais autoridades.



III) Quando houver divergência entre órgãos e entidades da Administração Federal, a questão deverá ser encaminhada a esta Consultoria-Geral da União, para uniformização de entendimento.

49. Assim, concluímos que o procedimento a ser adotado jamais passa pela simples recomendação de que se afaste a aplicação de atos editados pelos órgãos que detém legitimidade democrática para tanto com fundamento em análise de conveniência e oportunidade.

50. Em razão da relevância da matéria, sugerimos o encaminhamento de orientação aos órgãos consultivos nos termos aqui expostos.

À consideração superior.

Brasília, 18 de junho de 2010.

Isabela Rossi Cortes Ferrari
Advogada da União