

# CONSULTA SOBRE PROCESSO LICITATÓRIO REFERENTE À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS GRÁFICOS

**Diego Martins Nadal**

*Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.*

Trata-se de questionamento formulado por empresa interessada em licitação<sup>1</sup> acerca do item 4.4 do termo de referência encartado nos autos do procedimento. Sustenta a requerente que o item 4.4, b.1 “compromete, injustificadamente, o caráter competitivo do procedimento – por licitação ou contratação direta –, a par de lesionar o princípio constitucional da igualdade/isonomia”.

Utiliza como sustentáculo da sua pretensão dois fundamentos: i) em primeiro lugar, ela [a cláusula atacada] restringe a possibilidade de contratação em favor de pouquíssimos jornais situados na capital do Estado, o que diminui a quantidade de empresas aptas a formular as suas propostas e, conseqüentemente, eleva os preços a serem pagos pela administração pública; ii) a caracterização da “grande circulação” não poderia ficar restrita, de nenhum modo, a um único município, mormente porque a Lei Estadual nº 15.608, de 2007, determina a publicação em jornal diário de grande circulação no Estado (artigo 31), e não no município.

O feito foi instruído com levantamento elaborado pela Associação Nacional dos Jornais sobre a circulação paga das publicações diárias. Juntou-se, também, cópia do instrumento convocatório elaborado pelo TCU para contratação de empresa para serviço de publicação de avisos de licitação.

Após, encaminhou-se o caderno processual a esta Assessoria, para elaboração de parecer.

É o relatório.

1. A obrigatoriedade da publicação dos extratos dos avisos de licitação decorre da Lei Federal nº 8.666/1993, nos dispositivos cujo teor transcrevo abaixo.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

2. A celeuma está adstrita ao alcance da expressão “em jornal de grande circulação do Estado”. A lei não define o que se entende por jornal de grande circulação, de modo que cabe ao administrador, imbuído da supremacia do interesse público, estabelecer, quando da confecção do instrumento convocatório, o significado da expressão.

3. Trata-se de ato administrativo inserido no âmbito da discricionariedade da administração. Nesse sentido, é oportuna a lição da administrativista Maria Sylvania Zanela Di Pietro<sup>2</sup>:

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, atuação livre da administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe: [...] b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico.

4. Note-se que a existência ou não da discricionariedade está afeta à omissão da lei. Caso inexista omissão legal, não haverá campo para a incidência da discricionariedade.

5. Aqui, vislumbro que o item 4.4, b.1, do termo de referência elaborado exorbitou a discricionariedade que lhe é destinada. A lei preconiza que os avisos de licitação serão publicados em jornais de grande circulação no Estado, de modo que a definição para a medida da grande circulação deve considerar parâmetros estaduais, escoimadas exigências de circulação em alguma cidade específica.

6. Vale dizer que quando a lei dispõe “jornais de grande circulação no Estado” não permite que a administração pública formule, ao seu alvedrio, exigência de circulação em cidade específica, e sim que estabeleça quantitativos de circulação mínimos no âmbito estadual. É patente que a adoção do critério questionado exorbitou a margem legal conferida para a formulação do termo de referência, de modo que padece de ilegalidade.

7. Para elaborar o conceito de jornal de grande circulação, mantendo incólume o princípio da legalidade, a administração somente pode utilizar critérios estaduais, porquanto foi essa a margem outorgada pelo legislador ordinário.

8. Por outro lado, observo que, teleologicamente, a exigência de publicação em jornal de grande circulação no Estado tem por escopo atingir o maior número de eventuais licitantes possível, pouco importando se a empresa se situa no norte, no sul, no leste ou no oeste, razão pela qual o que deve ser exigido para a participação no certame licitatório é um quantitativo mínimo de circulação no Estado, e não em uma cidade específica.

9. Entender em sentido contrário poderia levar a situações absolutamente paradoxais. Caso um jornal de fora do Paraná,

que tenha grande circulação estadual e possua circulação em outras unidades da federação, não atinja o quantitativo exigido para Curitiba, ele estaria impedido de participar da licitação. Ou seja, mesmo que potencialmente atinja maior número de pessoas, seria eliminado do certame, o que ofenderia os princípios gerais do direito da razoabilidade e da proporcionalidade.

10. Outro fato relevante é que o artigo 21 (redação atual) foi positivado por lei incorporada ao ordenamento jurídico em 1994, época em que os jornais eram, ao lado da televisão, fonte hegemônica da informação. Hodiernamente, ao contrário de outrora, outras formas de acesso à informação ganharam espaço, como a internet, que não tem, ao contrário do jornal em via impressa, nenhuma barreira ou obstáculo para o encontro com seu destinatário.

11. Nessa ordem de ideias, como no termo de referência consta a obrigatoriedade de a futura contratada publicar os avisos de licitação em sua versão eletrônica (item 6.9), não haverá, mesmo que o jornal não possua o quantitativo de circulação em Curitiba previsto no item 4.4, b.1, nenhum prejuízo para eventuais licitantes que tenham sede nesta capital.

12. Consigno, ainda, que a publicação em jornais de grande circulação não é forma exclusiva para divulgar avisos de licitação. Existe a publicação em Diário Oficial, além da possibilidade da administração de utilizar outros recursos.

13. Admitir a exigência de quantitativo mínimo para a capital do Estado acaba por violar os artigos 5º<sup>3</sup>, caput, e 37, inciso XXI<sup>4</sup>, da Constituição da República, bem como o artigo 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/1993<sup>5</sup>.

14. A licitação tem duas finalidades: a primeira consiste em garantir à administração a contratação pela oferta mais vanta-

josa; a segunda, em outorgar a todos os particulares que desejem contratar com a administração igualdade na oportunidade de participação, desde que atendam as exigências editalícias congruentes com a lei.

15. Nessa linha, entendo que a exigência constante no item 4.4, b.1. deve ser retirada do termo de referência, por, em última análise, frustrar o caráter competitivo da licitação a ser realizada.

16. Já no que toca à exigência do quantitativo de 100.000 exemplares de circulação estadual, vislumbro ofensa aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, que são limitadores da discricionariedade administrativa.

17. A proporcionalidade propugna que o meio utilizado deve ser consentâneo, proporcional, com o fim a ser alcançado. Já a razoabilidade somente permite a formulação de restrições estritamente necessárias para o alcance do fim, que, no direito administrativo, será sempre o interesse público.

18. Das informações acerca da circulação diária dos jornais no Brasil, subjaz que no Estado do Paraná haveria dois jornais com circulação diária superior a 21.268 exemplares<sup>6</sup>. Ora, a considerar a estatística encartada e a exigência constante do item 4.4.b – circulação diária [do jornal] superior a 100.000 exemplares –, poucos jornais no Estado do Paraná teriam condições de participar do certame. Ou seja, a restrição criada não é necessária para atingir o interesse público, motivo por que se afigura incongruente com a proporcionalidade e a razoabilidade. Deve-se diminuir o quantum de circulação semanal exigido para, a meu ver, 50.000 mil exemplares semanais.

19. Por fim, observo o equívoco terminológico existente no item 4.4.b. Foi utilizado o termo tiragem ao invés de cir-

culação. Tiragem, no sentido técnico, significa o número bruto de exemplares impressos por determinado jornal, sem necessidade de que sejam adquiridos por alguém. Já circulação refere-se à quantidade de exemplares que efetivamente chegam aos destinatários, isto é, aos leitores. Assim entendo que o termo “tiragem” deve ser substituído pelo termo “circulação”.

20. Diante do exposto, sugiro que:

- a) Seja suprimido o item 4.4. b.1. do termo de referência.
- b) Seja reajustado o número de exemplares exigidos no item 4.4.b, que deverá passar de 100.000 exemplares semanais para 50.000 exemplares semanais;
- c) Seja retificado o item 4.4.b, para passe a constar do seu conteúdo o termo “circulação mínima”, em lugar de “tiragem mínima”.

Parecer nº 182/2013, emitido no protocolo nº 462.886/2012. Data: 18/3/2013.

## NOTAS

<sup>1</sup> Neste documento, a requerente será identificada como ‘empresa interessada em licitação’.

<sup>2</sup> **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. p. 215.

<sup>3</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

<sup>4</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>5</sup> Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional

da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no ART. 3º DA Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991

<sup>6</sup> Os números se referem ao período em que o parecer foi elaborado (2013). Atualmente, as restrições são ainda maiores, uma vez que até mesmo os diários de maior abrangência no Estado aboliram ou restringiram a versão impressa, passando a circular preferencialmente por meio eletrônico.