

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos da ação popular movida por FRANCISCO RODRIGUES DE ALENCAR FILHO, vem, através de seu procurador infra-assinado, apresentar, tempestivamente, a sua

CONTESTAÇÃO

pelas razões e motivos que passa a expor:

DOS FATOS

Trata-se de ação popular na qual pleiteia o autor a concessão de medida liminar para a sustação do procedimento licitatório e declaração de nulidade do edital de concorrência pública nº 02/2000, cujo objeto é a contratação de agências de propaganda para estudar, planejar, criar, produzir, distribuir para veiculação e controlar os serviços de divulgação e publicidade, programas e campanhas promocionais sobre as linhas de ação administrativa do Estado do Rio de Janeiro.

Sustenta o autor que o ato é ilegal pelos fundamentos a seguir elencados:

- o edital teria sofrido modificações substanciais, inclusive com acréscimo de serviços no escopo do objeto, sem que tivesse sido submetido à análise do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em desacordo com a Deliberação nº 191, 11.07.95 deste órgão;
- ao se acrescer no objeto a possibilidade do contratado fornecer elementos de reprodução gráfica, o Estado admite uma dispensa de licitação para a aquisição futura de todo e qualquer material impresso;
- estão previstas no edital verbas relativas ao exercício de 2000, com a licitação, entretanto, se efetivando no ano de 2001. A prestação dos serviços não poderia se dar em caráter retroativo;
- a previsão retroativa destes gastos teria por finalidade violar o disposto no artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/97, que veda a realização, em ano de eleição, que as despesas com publicidade excedam as médias dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito;

- a estimativa de gastos para o exercício de 2000 contém erro aritmético;
- a previsão de gastos para os exercícios de 2001 e 2002 não indica como serão distribuídos os recursos, permitindo que se gaste toda a verba com um único licitante;
- as verbas com publicidade poderiam ser gastas, por força da cláusula 6.5 do edital, antes do término do prazo de trinta meses previsto na cláusula 6.1;
- a divisão do objeto em cinco lotes implica em cerceamento do direito de participação na concorrência, com os contratados ficando “à mercê” da vontade do Estado;
- o tipo de licitação melhor técnica não comporta a possibilidade de cessão, transferência ou subcontratação do objeto do contrato.

Não procedem os fundamentos apontados pelo autor. É o que se passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme verificado a fls. 74/vº, a juntada do mandado de citação ocorreu em 27.04.01 (sexta-feira), tendo o prazo de 20 (vinte) dias para contestar se iniciado em 30.04.01, encerrando-se o decurso do período em 19.04.01 (sábado) e, por conseguinte, o prazo apenas em 21.05.01. Tempestiva, pois, a peça de bloqueio protocolada em 21.05.01.

DA AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR

Conforme se verá adiante, todos os pontos questionados pelo autor poderiam ser objeto de requerimento em sede administrativa, quando então verificaria que nenhuma das suas conjecturas corresponde à realidade.

Ausente, pois, a **necessidade** de recorrer ao Poder Judiciário para dissipar dúvidas que poderiam perfeitamente ser resolvidas pelos incidentes previstos para o procedimento licitatório, seja pela via do pedido de esclarecimentos – Lei nº 8.666/93, art. 40, VIII – seja pela impugnação ao edital – Lei nº 8666/93, art. 41, ainda que os direitos de petição e de representação, previstos no art. 5º da Lei Maior, não assegurassem tal direito.

O processo deve, preliminarmente, ser julgado extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir – CPC, art. 267, I c/c 295, III.

DA INEXISTÊNCIA DE LESIVIDADE

O artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal ao tratar da ação popular dispõe o que se segue:

“LXXIII – Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Portanto, para o cabimento da ação a prova da lesividade é requisito fundamental, não logrando êxito o autor popular em demonstrar lesão a algum dos valores constitucionalmente protegidos. Igualmente deixou de apontar qualquer prejuízo aos cofres públicos. HELY LOPES MEIRELLES¹ leciona:

“O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos culturais, ambientais ou históricos da comunidade.”

A jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já assentou que a lesividade é requisito indispensável na ação popular. Confira-se:

“AÇÃO POPULAR – LESIVIDADE – PROVA – NECESSIDADE. Na propositura da ação popular, não basta a afirmativa de ser o ato ilegal, é necessária a prova da lesividade.”

AÇÃO POPULAR – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – CONTRATO INTEGRALMENTE EXECUTADO.

¹ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 18ª edição. São Paulo. Malheiros, 1997, p. 108.

² RESP 250593/SP. Relator: Ministro Garcia Vieira. Decisão em 13.06.2000. Publicado no DJ de 04.09.2000.

I – Ao conhecer de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deve apreciar todos os fundamentos do acórdão recorrido.

II – Executado integralmente o contrato cuja nulidade é perseguida em ação popular e reconhecida a inexistência de prejuízo ao erário, declara-se improcedente a ação popular.”³

A natureza dos questionamentos do autor é mais afeta à esfera jurídica de um licitante do que propriamente de um cidadão interessado em proteger o interesse da coletividade. Inexiste, *in casu*, o requisito da lesividade, razão pela qual a presente demanda não pode prosperar.

DA LEGALIDADE DO EDITAL E DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

A inicial do autor popular não logrou comprovar, em nenhum dos pontos atacados, qualquer ilegalidade praticada no curso da licitação para contratação de serviços de publicidade.

Na verdade, como já dito, o autor se propôs a realizar um exercício de meras conjecturas, sem lograr êxito na demonstração de nenhuma das suas alegações. Através de interpretações dos termos do edital totalmente despropositadas e despidas de uma fundamentação jurídica sólida, visualizou e intuiu uma série de desvios que poderiam ser praticados futuramente, sem, repita-se, qualquer base na sua argumentação. Senão vejamos.

1. O ENCAMINHAMENTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ao contrário do sustentado pelo autor, a minuta de edital foi encaminhada ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que, conforme decisão de 19 de janeiro de 2001 (doc. nº 01), conheceu o edital de concorrência em questão.

Como se pode verificar, na referida decisão foram sugeridas algumas medidas de adequação do edital, que foram, justamente, as da errata nº 02, de 12.03.2001. Assim, a errata nº 02 nada mais fez do que acolher as adequações oriundas da Corte de Contas, sendo certo que, através da correspondência datada de 16.03.2001 (doc. nº 02), a Coordenadoria de

³ Acórdão da 1ª Turma do STJ nos embargos de declaração no Recurso Especial nº 109.301-MG. Relator: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS. Publicado na *Revista do Superior Tribunal de Justiça* nº 104, pp. 73/77.

Comunicação Social noticiou ao Tribunal de Contas o cumprimento das suas determinações. A alegação do autor, portanto, não corresponde à realidade dos fatos e documentos.

Registre-se, ainda, que, muito embora o edital tenha sido examinado pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, não há uma obrigação no seu encaminhamento, conforme restou assentado no Parecer Normativo nº 44/96 do Ilustre Procurador do Estado Luís Roberto Barroso (doc. nº 03), aprovado pelo então Chefe do Poder Executivo Estadual e que possui natureza vinculante para toda a Administração Pública. Isso porque a jurisprudência pacífica acerca da interpretação do art. 71 da Constituição Federal reconhece a inexistência de controle prévio da despesa pública pelo Tribunal de Contas.

2. DA LICITUDE DO OBJETO CONTRATUAL

Sustenta o autor que o objeto do contrato (cláusula 2.2), ao estabelecer a possibilidade do contratado fornecer elementos de reprodução gráfica, tornaria dispensável a licitação para todo e qualquer material impresso.

Destaque-se, primeiramente, que os serviços de reprodução gráfica já estavam incluídos no objeto, tendo sido feita apenas a sua explicitação por força de diligência expressa do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (doc. nº 01) que determinou o seguinte:

“c-) para que conste de forma expressa no edital que os serviços a serem contratados poderão incluir, quando necessário, elementos de reprodução gráfica.”

A recomendação adveio, justamente, do órgão responsável pelo controle e zelo da despesa pública, o que faz cair por terra a argumentação deduzida pelo autor.

Além do mais, nada obsta que o objeto do contrato albergue no seu núcleo principal os serviços de publicidade e, em caráter acessório, serviços instrumentais, como é o caso da reprodução gráfica. Imagine-se, como exemplo análogo, a locação de máquinas reprográficas com a obrigação acessória de manutenção e assistência técnica.

É óbvio que, neste caso, tais serviços de reprodução estarão diretamente ligados ao desenvolvimento da campanha de publicidade a ser implementada pelo contratado, o que denota, à evidência, a sua natureza acessória. Portanto, a sua existência pressupõe a do núcleo principal,

integrando o fim maior a ser alcançado, que é o próprio serviço de publicidade.

Ademais, a alegação de que a contratação de tais serviços poderia ser objeto de futura licitação específica não leva em consideração o óbvio: os serviços de reprodução gráfica já estão sendo licitados no certame atacado, na qualidade de acessório ao principal.

3. A VERBA DO EXERCÍCIO DE 2000 – INEXISTÊNCIA DE GASTOS EM CARÁTER RETROATIVO

Alega o autor que a cláusula 3.1 do edital – que estima gastos para o exercício de 2000 – seria nula, considerando não ter sido o instrumento convocatório adaptado para o momento em quem se concretizaria a licitação. Além do mais, a cláusula 3.1.1 prevê gasto de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), ao passo que nos incisos do item o somatório redundava em um gasto de R\$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais).

Com efeito, a realização de uma licitação envolve a prática de uma série de atos na sua fase interna que demandam, dependendo da complexidade do seu objeto, a análise de vários órgãos técnicos da Administração Pública.

A formatação e modelagem da licitação se iniciou no exercício de 2000, já que era objetivo finalizar o certame ainda naquele ano. Todavia, em virtude justamente do zelo para que o procedimento fosse pautado pela economicidade, é que se aguardou pelo conhecimento do edital pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o que só ocorreu em 07.12.2000, conforme se vê da decisão antes mencionada (doc. nº 01).

Apesar da fase externa da licitação, iniciada com a publicação do aviso, só ter ocorrido no ano de 2001, no edital, por mero lapso, constou a verba relativa ao exercício 2000. Isto não produz, como pretende fazer crer o autor, a nulidade do edital, nem pode induzir ao raciocínio de que se busca o pagamento de serviços de publicidade em caráter retroativo. O mesmo se pode afirmar em relação à diferença do valor estimado, mero erro material incapaz de se traduzir em vício insanável.

A indagação acerca do destino da verba do exercício pretérito poderia perfeitamente ter sido elaborada em sede administrativa, não havendo a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção da resposta (conforme alegado em preliminar). Tanto isto é verdade, que a própria Comissão Especial de Licitação, na reunião realizada no dia 10.05.2001 e na presença de todos os licitantes, esclareceu a questão. Confira-se trecho da ata (doc. nº 04):

“O valor estimado previsto originalmente para o exercício de 2000 era de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), exatamente conforme disposto no item 3.1.1 do edital. Os valores iguais de R\$ 2.500,00 discriminados para cada grupo (lote) decorreram de erro material. De resto, no que tange ao item 3.1, na medida em que a verba estimada originalmente para o exercício de 2000 não se apresenta mais aplicável, pois o certame só pode se realizar no exercício de 2001, o valor então estimado para tal exercício pretérito será projetado para o exercício de 2002.”

É importante reiterar que a matéria foi solucionada em sede administrativa e com conhecimento de todos os licitantes presentes, o que torna clara a lisura do procedimento administrativo.

Ainda que a questão fosse considerada como ilegalidade – o que não é o caso, sendo mera irregularidade – poderia o defeito ser sanado, já que os atos administrativos admitem, em certas situações, a convalidação dos seus vícios. A propósito, recorra-se à lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴:

“A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado.

Quando promana da Administração, esta corrige o defeito do primeiro ato mediante um segundo ato, o qual produz de forma consoante com o Direito aquilo que dantes fora efetuado de modo dissonante com o Direito. Mas com uma particularidade: seu alcance específico consiste precisamente em ter efeito retroativo. O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado.”

Os esclarecimentos prestados pela Administração Pública denotam, portanto, que a verba do exercício de 2000 será remanejada em 2002, não havendo nisso nenhum prejuízo para a coletividade.

⁴ Curso de Direito Administrativo. 11ª edição. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 338.

4. O CUMPRIMENTO DA LEI Nº 9.504/97

Sustenta o autor que a existência de verba estimada para o exercício de 2000 se justifica para burlar o limite de gastos com publicidade de órgãos públicos previsto no artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/97.

A alegação, na linha das demais, é uma conjectura, conforme reconhece o próprio autor:

“... a inclusão de previsão retroativa de gastos em publicidade também serve para pavimentar a construção de uma futura desobediência ao art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97... “ (grifos nossos)

Note-se que eventual desobediência ao limite previsto no citado diploma legal só poderá ser verificada no ano de eleição, quando se souber efetivamente o quanto foi gasto com publicidade institucional. Os próprios limites previstos no artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/97 não podem, por ora, ser estabelecidos, já que tanto a média dos gastos nos últimos três anos que antecedem o pleito ou o último ano imediatamente anterior à eleição, somente poderão ser auferidos nas épocas próprias.

Assim, não só se desconhecem os **gastos** com publicidade no ano de eleição, como também são incertos, neste momento, os **limites** previstos na legislação em comento.

Os mecanismos de controle dos atos da Administração Pública, inclusive o jurisdicional, só poderão ser acionados após constatada a não observância do parâmetro legal imposto.

Lembre-se, ainda, que a verba prevista para gastos com publicidade é máxima, não havendo a obrigatoriedade do dispêndio integral dos valores previstos, além do que a despesa dependerá de dotação orçamentária, consoante esclareceu a própria Comissão Especial de Licitação (doc. nº 04):

“Esclareça-se que, em se tratando de contrato de publicidade, cujo dispêndio financeiro se dá na medida das necessidades que venham a ocorrer, a previsão orçamentária para cada exercício é máxima, não havendo uma obrigatoriedade no gasto de toda a verba.

(...)

Mais uma vez, cumpre também enfatizar que os valores estimados dependem, à evidência, de dotação orçamentária disponibilizada no programa de trabalho respectivo (item 3.3), dentro do correspondente exercício. Assim sendo, apesar do Edital estimar gasto global para o exercício de 2001 como sendo de R\$ 50.000.000,00, isto dependerá de dotação orçamentária para realização do empenho e, finalmente, das despesas.”

A proibição imposta pela norma foi objeto de recomendação expressa do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro na decisão de 07.12.2000:

“d-) observe os limites de gastos com publicidade previstos no inciso VII, do art. 73, da Lei Federal nº 9.504/07”

A própria Comissão Especial de Licitação esclareceu:

“... sendo que no ano eleitoral não poderá ser gasto mais do que a média dos últimos três anos, ou do último ano imediatamente anterior.”

Deste modo, a alegação é mero exercício de conjectura pessoal, já que, repita-se à exaustão, a aplicabilidade da norma somente se dará em 2002, ano de eleição em que se imporá a observância de limites de gastos com publicidade.

5. A DISTRIBUIÇÃO DAS VERBAS PELOS VENCEDORES DE CADA LOTE

O autor, na sua interpretação do edital, vislumbra a possibilidade da Administração Pública *“transformar a adjudicação do contrato em um verdadeiro cheque em branco, permitindo que se direcione a totalidade da verba para um único adjudicatário, ao mesmo tempo em que se permite que tal montante seja aumentado ad infinitum.”*

Deve-se esclarecer, neste aspecto, que não haveria nenhum impedimento legal do edital ter sido formatado de modo a adjudicar todo o objeto contratual para apenas um licitante. Aliás, esta é a regra nas contratações públicas, vale dizer, sagrando-se vencedor apenas um licitante.

Ora, se não há nenhum óbice legal para celebrar contrato com apenas um adjudicatário, não haveria qualquer motivo para a Administração se sujeitar a criar um modelo de divisão de lotes para depois burlá-lo e favorecer apenas um licitante.

A afirmativa do autor, na linha das suposições, é desprovida de qualquer lógica jurídica. Com efeito, a opção por dividir os serviços em lotes distintos (Desenvolvimento Institucional, Desenvolvimento Econômico, Desenvolvimento Humano, Segurança, Justiça, Defesa Civil e Cidadania e por último Infra-estrutura) é mero exercício da competência discricionária inerente ao administrador. No *Briefing* de Comunicação, Anexo I do edital, é explicitada esta opção:

“Optamos pela escolha de uma ação de cada grupo para a criação das campanhas publicitárias. Assim, poderemos realizar um processo de concorrência mais objetivo, visando à aplicação das normas estabelecidas no edital.”

Ao contrário do que pensa o autor, as verbas não poderão ser distribuídas ao bel-prazer do administrador público, conforme restou suficientemente esclarecido pela Comissão Especial de Licitação (doc. nº 04):

*“A licitação prevê a celebração de cinco contratos de igual valor (R\$ 18.000.000,00), um relativo a cada grupo (lote) caracterizado pela linha de ação administrativa respectiva, decompostos do valor global estimado da licitação (R\$ 90.000.000,00). Cabe ressaltar que a estimativa efetiva para cada exercício será dividida igualmente entre os cinco lotes cujas áreas de investimento estão especificadas no Anexo I (**Briefing** de Comunicação), o que resulta na despesa máxima para cada lote no exercício de 2001, cuja estimativa é de R\$ 50.000.000,00, o valor de R\$ 10.000.000,00, e no exercício de 2002, cuja estimativa é de R\$ 40.000.000,00, o valor de R\$ 8.000.000,00, sendo que no ano eleitoral não poderá ser gasto mais do que a média dos últimos três anos, ou do último ano imediatamente anterior. Não existe qualquer possibilidade, assim, do valor estimado ser gasto com apenas um licitante vencedor.”*

Assim, na linha oposta do sustentado pelo autor, a verba não poderá ser gasta com apenas um licitante, ficando evidente, mais uma vez, que através de mero requerimento administrativo poderiam ter sido obtidas as respostas para as suas dúvidas.

Cabe aduzir, também, que as manifestações dos agentes públicos acerca das cláusulas do edital vinculam a Administração e os próprios licitantes, conforme já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA⁵:

⁵ No julgamento do Recurso Especial nº 198.665, realizado em 23.09.99, sendo Relator o Ministro Ari Pargendler. Publicado no DJ de 03.05.99.

“Concorrência Pública – A resposta de consulta a respeito de cláusula de Edital de Concorrência Pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao Edital – Hipótese em que, havendo dissídio coletivo pendente de julgamento, a resposta à consulta deu conta a todos os licitantes de que os reajustes salariais dele decorrentes seriam repassados para o preço-base; irrelevante o argumento de que o dissídio coletivo assegurou reajuste não previsto em lei, porque prevalece, no particular, a decisão do Superior Tribunal do Trabalho, que se presume conhecida e aplique a lei, de que é o intérprete definitivo no seu âmbito de competência – Recurso especial não conhecido.” (Grifos nossos).

Desta forma, mais uma vez, demonstrado o descabimento desta ação.

6. DA EXTINÇÃO DO CONTRATO E SUAS MODALIDADES

Sustenta o autor a existência de conflito entre as cláusulas 6.1 e 6.5 do edital. Isto porque, a primeira prevê o prazo de execução dos serviços em 30 (trinta) meses e a segunda estabelece que o exaurimento do valor estimado do contrato significará o seu término antecipado do prazo previsto na cláusula 6.1.

Os contratos administrativos podem se encerrar tanto pelo decurso do prazo ajustado como pela conclusão ou exaurimento do seu objeto, hipótese da cláusula 6.5. Trata-se de modalidades distintas de extinção do ajuste, de acordo com a lição de HELY LOPES MEIRELLES⁶:

“A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra nos ajustes por tempo determinado. Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão do seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos, o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e, assim, sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na

⁶ *Licitação e Contrato Administrativo*. 11ª edição. São Paulo. Malheiros, 1996, p. 197.

concessão de serviço público ou na simples locação de coisa por tempo determinado. Há, portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato.”

O fato de serem modalidades distintas de extinção do contrato não permite inferir que não possam ser utilizadas, em caráter alternativo, no mesmo ajuste. A leitura das cláusulas – frise-se, plenamente compatível com o ordenamento jurídico – é a seguinte: o contrato se encerra em trinta meses, salvo se o seu objeto – as campanhas publicitárias – forem implementadas antes deste prazo.

Lembre-se que não haveria nenhum impedimento legal para que o contrato fosse extinto apenas pelo conclusão do seu objeto, vale dizer, pela implementação das campanhas publicitárias, o que acarretaria o exaurimento dos valores estimados. No entanto, nos limites da atuação discricionária do administrador, optou-se por prever a extinção do contrato por uma ou por outra modalidade, o que, repita-se, não encerra nenhum vício de legalidade.

A possibilidade de prorrogação, também mencionada pelo autor, decorre da norma prevista no artigo 57, I e II, da Lei nº 8.666/93, sendo certo que, ainda que não constasse do edital, não teria o condão de impedir eventual prorrogação, já que os serviços em questão encontram-se contemplados no plano plurianual (inciso I) e são de natureza contínua (inciso II). A prerrogativa de prorrogação, neste caso, decorre da lei e não do edital.

7. A DIVISÃO EM LOTES

Questiona o autor a cláusula 12.2.1 do edital, que disciplina acerca da impossibilidade de se adjudicar mais de um lote a um mesmo adjudicatário, com vistas à preservação da capacidade operativa. Entende que o dispositivo pode cercear o direito de participar da concorrência.

Mais uma vez, se invoca direito que parece mais afeto à esfera jurídica dos concorrentes (que poderia ser esclarecida em sede administrativa). Aliás, não há como deixar de salientar a contradição do autor popular, que ora se insurge contra a possibilidade da adjudicação se dar apenas para um licitante e ora se coloca contrário à divisão do objeto por mais de um contratado.

A idéia, bastante clara na cláusula em questão, é absorver toda a capacidade e empenho da agência publicitária no grupo (lote) em que estiver atuando, buscando uma maximização da sua eficiência, o que

certamente não ocorreria se a mesma agência estivesse envolvida em mais de um projeto.

Além do mais, a divisão em lotes mostra, ao contrário do sustentado na inicial, que não se tenciona favorecer nenhum licitante, sendo uma legítima opção administrativa de formatação do objeto contratual.

8. A QUESTÃO DA CESSÃO, TRANSFERÊNCIA OU SUBCONTRATAÇÃO DO OBJETO

A cláusula 17.3 do edital, ao permitir a possibilidade de cessão, transferência ou subcontratação do objeto do contrato, desde que com o consentimento prévio do contratante, induziu o autor a acreditar que isto ocorrerá assim que o contrato for assinado com os licitantes vencedores. Sustenta, também, que esta previsão é incompatível com o tipo melhor técnica.

A Lei nº 8.666/93, nos seus artigos 72 e 78, inciso VI, prescreve o seguinte:

“Art.72 – O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

(...)

Art. 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

*VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, **não admitidas no edital e no contrato.**” (grifos nosso)*

A interpretação lógica dos dispositivos é que estas modalidades são vedadas e constituem causa de rescisão do contrato, desde que não admitidas no edital e no contrato. Em sendo previstas em tais instrumentos, não há que se considerar ilegal tal procedimento. Esta é, aliás, a orientação do INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS⁷ acerca do tema:

⁷ *Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba. Zênite, nº 85, ano 2001, p. 65.

“O contrato administrativo é, via de regra, personalíssimo, ou seja, deve ser executado pelo licitante que demonstrou, na fase própria de habilitação, possuir capacidade e idoneidade para executar o objeto da contratação.

Entretanto, a Lei de Licitações admite, conforme se verifica da análise combinada dos arts. 72 e 78, inc. VI, em caráter excepcional, o transpasse do objeto contratado, desde que o ato convocatório da licitação preveja esta possibilidade e que não haja prejuízos à perfeita execução do contrato.” (grifos nossos)

É certo que situações como esta, além de excepcionais, decorrem sempre de um fato superveniente e são revestidas de todas as cautelas para evitar fraude ao princípio da licitação; tanto por isso, que a cláusula do edital estabeleceu a necessidade de consentimento prévio do contratante. A propósito, esclareça-se a posição da Comissão Permanente de Licitação (doc. nº 04):

“Não se admite a cessão, transferência ou subcontratação da atividade fim. Admite-se apenas com relação às atividades instrumentais.”

Ademais, não há, na citada norma, e em qualquer outro dispositivo da Lei nº 8.666/93, menção específica sobre a impossibilidade de cessão, transferência e subcontratação do objeto quando a licitação se dá pelo tipo melhor técnica. Portanto, sob o ponto de vista jurídico, não há qualquer ilegalidade na mera previsão abstrata da cláusula.

A hipótese comportaria ação popular, caso, na prática, se concretizasse a situação imaginada pelo autor, ou seja, se com base na previsão editalícia fosse malferido o princípio da licitação com nítido objetivo fraudulento. Trata-se, como já dito, de mais uma conjectura do autor popular.

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, espera e requer o ESTADO DO RIO DE JANEIRO seja acolhida a preliminar invocada, julgando-se extinto o processo sem julgamento do mérito. Caso, apenas *ad argumentandum* isto não ocorra, requer sejam julgados improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, na forma dos fundamentos antes elencados, bem como indeferido o

pleito de concessão de medida liminar, em virtude da ausência dos elementos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Rio de Janeiro, 21 de maio de 2001

Flávio Amaral Garcia
Procurador do Estado

Proc. nº 2001.001.040384-0