

## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**Comissão Permanente de Licitação e Pregão (CPL) e Comissão Especial de Licitação (CEL) – Distinção de tratamento jurídico entre os componentes dos Colegiados**  
**Possibilidade, desde que o *discrímen* seja compatível com a atuação das comissões**  
**Pagamento de gratificação mínima aos membros da CPL e da CEL, indistintamente, enquanto não houver alteração de dispositivo previsto em legislação local**

Possibilidade de distinção de tratamento jurídico entre os componentes de Comissão Permanente de Licitação e Pregão e de Comissão Especial de Especial [*sic*] desde que o *discrímen* seja compatível com a atuação delas. Possibilidade de pagamento de gratificação mínima aos membros de CEL e CPL enquanto não houver alteração do art. 113-A, § 2º, da Lei Complementar nº 46/1994.

Parecer/Consulta TC-009/2016 – Plenário

Processo TC-13364/2015

Jurisdicionado: Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa Social

Consultante: André de Albuquerque Garcia

Relator: Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

**PARECER/CONSULTA**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-13364/2015, em que o Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa Social, Sr. André de Albuquerque Garcia, formula consulta a este Tribunal quanto ao seguinte questionamento:

a) Há distinção de tratamento jurídico entre os componentes de Comissão Permanente de Licitação e Pregão (CPL) e de Comissão Especial de Especial [*sic*] (CEL)?

b) É devida a remuneração mínima aos integrantes das Comissões Especiais de Licitação (CEL), conforme previsão do art. 113-A, § 2º, da LC nº 46/1994?

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme art. 1º, inc. XXIV, da Lei Complementar Estadual nº 621/12:

Resolvem os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia trinta e um de maio de dois mil e dezesseis, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, preliminarmente, conhecer a Consulta e, no mérito, respondê-la nos termos de seu voto, que corroborou o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, no sentido de que: 1. É possível o tratamento diferenciado às Comissões Especiais de Licitação, inclusive no que tange ao pagamento da gratificação respectiva aos seus integrantes, desde que o *discrímen* seja compatível com a atuação delas; e 2. Até que haja o advento de lei complementar para alterar o disposto no art. 113-A, § 2º, da LC nº 46/1994, prevendo gratificação diferenciada para os membros de CEL, é devido o pagamento da gratificação mínima nele prevista indistintamente para estes e para os integrantes de CPL.

**Composição Plenária**

Presentes à sessão plenária de deliberação os Senhores Conselheiros Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (Presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (Relator), José Antônio Almeida Pimentel, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, Procurador Especial de Contas em substituição

ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 31 de maio de 2016.

Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Relator.

Odilson Souza Barbosa Junior, Secretário-Geral das Sessões.

## RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre consulta formulada pelo Sr. André de Albuquerque Garcia – Secretário de Estado da Segurança Pública e da Defesa Social, solicitando orientações sobre os seguintes questionamentos:

a) Há distinção de tratamento jurídico entre os componentes de Comissão Permanente de Licitação e Pregão (CPL) e de Comissão Especial de Especial [sic] (CEL)?

b) É devida a remuneração mínima aos integrantes das Comissões Especiais de Licitação (CEL), conforme previsão do art. 113-A, § 2º, da Lei Complementar nº 46/1994?

Os autos foram encaminhados à 8ª Secretaria de Controle Externo, a qual elaborou a Instrução Técnica OT-C 112016 (fls. 41/47), opinando pelo conhecimento da Consulta e, no mérito, sugerindo que os questionamentos sejam respondidos nos seguintes termos, respectivamente:

1. É possível o tratamento diferenciado às Comissões Especiais de Licitação, inclusive no que tange ao pagamento da gratificação respectiva aos seus integrantes, desde que o discrimen seja compatível com a atuação delas;

2. Até que haja o advento de lei complementar para alterar o disposto no art. 113-A, § 2º, da LC nº 46/1994, prevendo gratificação diferenciada para os membros de CEL, é devido o pagamento da gratificação mínima nele prevista indistintamente para estes e para os integrantes de CPL.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Exmo. Procurador Luciano Vieira (Parecer PPJC 839/2016 – fls. 51/52).

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

Ratifico integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas para tomar como razão de decidir fundamentação exarada na Instrução Técnica OT-C 11/2016 (fls. 41/47), que aqui se transcreve:

### II. Mérito

Com efeito, o primeiro questionamento trazido à baila pelo consulente diz respeito à possibilidade de haver tratamento jurídico distinto entre os componentes das Comissões Permanentes de Licitação (CPL) e das Comissões Especiais de Licitação (CEL).

Da narrativa trazida na peça exordial, extrai-se que a razão do questionamento se relaciona aos aspectos remuneratórios dos integrantes das citadas comissões. Isso porque o art. 113-A da Lei Complementar nº 46/1994 se refere tão somente a “comissões de licitação”, sem discriminar se são permanentes ou especiais. Segue abaixo o dispositivo em tela:

“Art. 113-A. Aos presidentes e membros das comissões de licitação, aos pregoeiros e aos membros das equipes de pregão será atribuída uma gratificação especial, a ser paga mensalmente, observada a seguinte especificação por modalidade de licitação:

I – concorrência ou tomada de preços – 60 (sessenta) Valores de Referência do Tesouro Estadual – VRTEs;

II – carta convite – 40 (quarenta) VRTEs;

III – pregão;

a) 60 (sessenta) VRTEs, quando o valor for equivalente à concorrência ou tomada de preços, e

b) 40 (quarenta) VRTEs, quando o valor for referente à carta convite.

§ 1º A gratificação prevista no “caput” deste artigo, devida aos presidentes e pregoeiros, será acrescida de 20% (vinte por cento).

§ 2º Independente da quantidade de licitação ou pregão realizado por mês, o pagamento da gratificação prevista no “caput” deste artigo **não será inferior a 300 (trezentos) VRTEs e não poderá ultrapassar a 550 (quinhentos e cinquenta) VRTEs.** [grifos da OT-C]

§ 3º Para fins de remuneração da gratificação instituída neste artigo, o número de integrantes das comissões de licitação e do pregão não poderá ser superior a 04 (quatro) efetivos.

§ 4º O membro suplente somente receberá a gratificação quando formalmente designado para substituição durante o período de férias de membro efetivo da respectiva comissão ou equipe”.

Nesses termos, em princípio, caberia o pagamento da referida gratificação, inclusive em relação ao mínimo previsto, aos integrantes de quaisquer comissões de licitação, sejam permanentes ou especiais. Ocorre que o Decreto nº 3786-R, de 26.2.2015, que regulamenta o pagamento de Gratificação Especial de Participação em Comissão de Licitação e Pregão no âmbito do Poder Executivo Estadual, assim disciplina em seu art. 3º, § 2º:

“Art. 3º. ....

§ 2º O pagamento da Gratificação Especial de Participação em Comissão de Licitação e de Pregão aos membros de Comissões Especiais, inclusive ao Presidente/Pregoeiro, **corresponderá ao valor atribuído à modalidade de licitação utilizada, a ser apurado após a publicação do resultado final do certame**”. [grifos da OT-C]

Conforme se depreende da análise do referido dispositivo, as Comissões Especiais de Licitação receberam tratamento diferenciado no que tange ao pagamento da gratificação em questão, uma vez que tal só deve ocorrer após a publicação do resultado final do certame. Dessa forma, não caberia o pagamento mínimo mensal previsto no art. 113-A, § 2º, da LC nº 46/1994.

Ora, é cediço que o princípio da isonomia não rechaça completamente os tratamentos diferenciados. A tônica deste princípio constitucional é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Assim ensina André Puccinelli Júnior:

“Sob o aspecto formal, afirma-se retoricamente que todos são iguais perante a lei, sem se preocupar com a efetiva disponibilização de meios ou recursos materiais que propiciem iguais oportunidades de acesso a bens ou interesses próprios.

Por seu turno, a igualdade substancial postula tratamento justo a todos os indivíduos, de modo a compensar eventuais desvantagens financeiras, físicas, sociais ou de qualquer outra natureza, sempre com o intuito de assegurar uma fruição igualitária dos bens da vida. Daí porque se diz que **a tônica do princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade**. Quer-se com isso assinalar

que **o princípio da igualdade não é arredo e de-sequiparações desde que afinadas com os valores constitucionais e destinadas a promover a aplicação da igualdade no plano material**”.<sup>1</sup>

Dessa forma, somente será irregular o tratamento diferenciado às Comissões Especiais de Licitação caso não haja circunstâncias que o justifiquem. Havendo razoabilidade, a desequiparação é legítima. Isso significa que é preciso avaliar os limites da distinção, a fim de apurar se houve obediência ao princípio da isonomia. É o que explica o referido autor:

“[...] Tecnicamente, não é correto afirmar que uma lei incorreria em inconstitucionalidade por ser discriminatória, pois a função da lei é justamente a de discriminar, diferenciar, enfim, de estabelecer tratamento díspar às pessoas que se encontram em posições distintas.

Desta feita, se discriminar é sempre possível e às vezes até mesmo legítimo e desejável, **o problema está em identificar os limites da diferenciação possível**. Por outras palavras, com o auxílio das ferramentas adequadas, o intérprete deverá averiguar se a discriminação realizada pelo legislador é ou não ofensiva do princípio da isonomia e, por conseguinte, se viola ou não a ordem constitucional.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece ser legítimo estabelecer tratamento diferenciado com base em qualquer critério ou fator de *discrímen*.

Para tanto, porém, **faz-se mister que exista uma correlação lógica entre o critério eleito (sexo, vigor físico, idade) e o tratamento não paritário a ser dispensado. Por fim, a diferenciação adotada deve conduzir a um resultado compatível com os valores albergados pela Constituição**. Atendendo a tais requisitos, a discriminação empreendida pelo legislador seria incensurável”<sup>2</sup>. [grifos da OT-C]

Tal entendimento é consentâneo com o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, para o qual é necessário haver sintonia entre o *discrímen* e a circunstância que lhe deu causa para que não haja ofensa ao princípio da isonomia. Segue posicionamento daquela Corte nesse sentido:

“Concurso público. Fator altura. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser

1. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217.

2. *Ibidem*, p. 218.

exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado”.<sup>3</sup>

Com efeito, o art. 2º do Decreto nº 3786-R, de 26.2.2015, ao descrever as hipóteses de cabimento das Comissões Especiais de Licitação, reconhece sua natureza diferenciada. O referido dispositivo assim dispõe:

**“Art. 2º** A instituição de Comissão Especial de Licitação e de Pregão deverá atender aos seguintes pressupostos, devidamente justificados, em razão da necessidade específica:

- I. o **caráter esporádico da contratação visada**, ou;
- II. a **especialidade do objeto licitável**, em razão da:
  - a) **alta complexidade**;
  - b) **especificidade do produto**;
  - c) **característica extraordinária, que demande atenção especial do órgão público licitante**”. [grifos da OT-C]

Conforme se depreende da análise dos pressupostos da Comissão Especial de Licitação, sua atuação não se justifica diante de demandas rotineiras. Em primeiro lugar, é cabível em situações em que a contratação visada é esporádica. Isso porque seria incoerente, e prejudicial ao Erário, manter uma comissão permanente para atender demandas eventuais.

Em segundo lugar, é justificada a sua instituição diante da especialidade do objeto licitável. A alta complexidade, a especificidade do produto ou alguma característica extraordinária pode ensejar a atuação de servidores com conhecimento específico para atender a demanda com maior eficiência. Trata-se, portanto, de uma situação excepcional, que requer uma atenção especial da Administração. Para tal, a Comissão Permanente de Licitação pode não atender à demanda satisfatoriamente.

Em ambas as hipóteses mencionadas no referido instrumento normativo, a eventualidade é

a característica principal da Comissão Especial de Licitação. Portanto, se a atividade puder ser desenvolvida por comissão permanente, não caberá a instituição da primeira (art. 4º do Decreto nº 3786-R, de 26.2.2015<sup>4</sup>). Diante disso, nada obsta que caiba tratamento diferenciado para tais, desde que compatíveis com a sua atuação.

Isso pode ocorrer, inclusive, em relação à remuneração dos integrantes da Comissão Especial de Licitação. As demandas esporádicas, por exemplo, podem ensejar pagamento de importâncias equivalentes ao esforço desenvolvido. Por outro lado, contratações de alta complexidade podem justificar uma gratificação de maior monta pela mesma razão. O alto grau de responsabilidade exige a atuação de servidores capacitados para tal, além de requerer deles maior dedicação para alcançar os resultados esperados.

Dessa forma, não ofende o princípio da isonomia o tratamento diferenciado às Comissões Especiais de Licitação, inclusive no que tange ao pagamento da gratificação respectiva aos seus integrantes, desde que o discrimen seja compatível com a atuação delas.

Vale observar, contudo, que a concessão de vantagem pecuniária diferenciada nessas hipóteses depende de previsão legal específica, não podendo ser regulada por decreto. Ou seja, o art. 3º, § 2º, do Dec. nº 3786-R, de 26.2.2015, é ilegal. Não pode o Chefe do Poder Executivo estadual exorbitar o seu poder regulamentar (art. 91, III, da Constituição Estadual<sup>5</sup>), disciplinando matéria regulada em lei de maneira diversa. Para tanto, deverá apresentar projeto de lei que altere o art. 113-A da LC nº 46/1994.

O segundo questionamento trazido à baila pelo consulente diz respeito à possibilidade de pagamento da remuneração mínima aos integrantes das Comissões Especiais de Licitação, conforme previsão do art. 113-A, § 2º, da Lei Complementar nº 46/1994.

Ora, partindo da premissa de que o art. 3º, § 2º, do Dec. nº 3786-R, de 26.2.2015, é ilegal, resta como única alternativa viável o pagamento da remunera-

3. RE nº 150.455, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15.12.1998, Segunda Turma, DJ de 7.5.1999. No mesmo sentido: AI nº 384.050-Agr, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 9.9.2003, Segunda Turma, DJ de 10.10.2003; RE nº 194.952, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11.9.2001, Primeira Turma, DJ de 11.10.2001.

4. Art. 4º Fica vedada a instituição de Comissão Especial de Licitação e Pregão por órgão cuja atividade possa ser desenvolvida por sua Comissão Permanente.

Parágrafo único. Excetua-se do impedimento disposto no caput os órgãos públicos cuja demanda rotineira de contratações não justifique a instituição de Comissão Permanente.

5. Art. 91. Compete privativamente ao Governador do Estado: [...] III – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**; [grifos da OT-C].

ção mínima aos integrantes das referidas comissões, pelo simples fato de que, não havendo previsão legal específica diversa para a remuneração deles, deve-se considerar que o art. 113-A, § 2º, da LC nº 46/1994 abrange indistintamente os membros de CPL e de CEL.

Dessa forma, enquanto não sobrevier lei complementar que altere o art. 113-A, § 2º, da LC nº 46/1994, a gratificação especial de participação em Comissão de Licitação e Pregão é devida tanto aos integrantes de CPL quanto de CEL, inclusive em relação ao pagamento mínimo.

Se assim não o for, estaria sendo admitida a hipótese absurda de que os integrantes de CPL, ante a não realização de procedimento licitatório naquele mês, receberiam normalmente o pagamento mínimo. Já os integrantes de CEL, no caso de processo licitatório mais complexo, por exemplo, receberiam somente ao final do certame, mesmo que tal se desenrole por alguns meses.

Ou seja, aquele que não atuou em processo licitatório algum durante aquele mês, por fazer parte de CPL, irá receber a gratificação mínima e aquele que trabalhou num procedimento licitatório especial, por conta de procedimentos mais complexos, nada irá receber até ser encerrada sua tarefa. Nesses termos, mesmo o pagamento mensal equivalente a uma licitação seria inconstitucional, pois os membros de CPL receberiam valor a maior mesmo que nada realizassem naquele período.

Nesse caminho, é forçoso reconhecer que, até que haja o advento de lei complementar para alterar o disposto no art. 113-A, § 2º, da LC nº 46/1994, prevendo gratificação diferenciada para os membros de CEL, é devido o pagamento da gratificação mínima nele prevista indistintamente para estes e para os integrantes de CPL.

## DISPOSITIVO

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, corroborando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Exmo. Procurador Luciano Vieira, voto para que a presente Consulta seja respondida nos seguintes termos:

1. É possível o tratamento diferenciado às Comissões Especiais de Licitação, inclusive no que tange ao pagamento da gratificação respectiva aos seus integrantes, desde que o *discrímen* seja compatível com a atuação delas;

2. Até que haja o advento de lei complementar para alterar o disposto no art. 113-A, § 2º, da LC nº 46/1994, prevendo gratificação diferenciada para os membros de CEL, é devido o pagamento da gratificação mínima nele prevista indistintamente para estes e para os integrantes de CPL.

Dê-se ciência ao consulente.