

“O Mandato nos Processos de Contratação”

**Claudia Bitar
Advogada**

Quem participa de perto dos processos de contratações públicas sabe a dificuldade, em razão da grandiosidade territorial brasileira, em aferir, certificar, conferir se a empresa interessada em contratar com o poder público é idônea, pois possuímos hoje mais de 5.000 (cinco mil) municípios, 26 (vinte e seis) estados e um Distrito Federal que são obrigados, por força constitucional a licitar para comprar, contratar obras e serviços e alienar:

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 e, também, ao seguinte:*

(...)

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.

Ora, em razão do próprio Princípio da Publicidade não há licitação sigilosa nem tão pouco, Edital que restrinja demograficamente, via de regra, a participação de qualquer interessado em participar de certame.

Em decorrência destes fatos, o instituto da representação é tão importante, pois é imperioso que o Estado saiba com quem esta contratando.

A matéria é tratada no Código Civil de 2002, Lei n. 10.406, de 10/01/2002, no seu Capítulo X, que versa sobre Mandato, mais precisamente nos seus artigos 653 a 692.

O artigo 653 do NCC assim conceitua o instituto da representação:

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

A figura da Representação Voluntária ocorre quando o interessado em firmar determinado negócio jurídico é impedido de comparecer fisicamente para a consumação do ato, ou mesmo não quer se fazer presente, e transfere a outrem, de sua confiança e escolha, a responsabilidade de representá-lo, com o objetivo de concretizar o negócio.

Vale citar Jorge Figueiredo Alves¹:

“A par desta colocação preambular, tem-se que mandato é a relação contratual pela qual uma das partes (mandatário) se obriga a praticar, por conta de outra (mandante), um ou mais atos jurídicos, criando-se, daí, uma espécie de obrigação interna entre ambos”

O instrumento de mandato é bom esclarecer, só pode ser delegado para a consumação daqueles atos que não possuem cunho personalíssimo, como o voto, depoimento pessoal, etc...

Outro ponto essencial sobre a matéria refere-se à obrigação constante no artigo 118 do NCC, que assim disciplina:

*Art. 118 O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, **a sua qualidade e a extensão de seus poderes**, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem. (grifo nosso)*

Tal imposição legal deve ser observada de perto pelas partes quando das negociações e firmamento de contratos, principalmente pelos que estão na posição de representantes, tendo em vista a sua **responsabilização pessoal** caso haja excesso na sua representação. Como vimos, a relação está calcada, principalmente, na confiança entre outorgante e outorgado.

Da capacidade para outorgar mandato

Tem capacidade para outorgar mandato os **relativamente incapazes** - art. 4º do NCC, pois podem praticar pessoalmente determinados atos da vida civil como, por exemplo, vender sua casa, desde que **assistidos** pelos seus representantes legais. Este instrumento de mandato tem que ser público.

¹ Comentários ao art. 653 – Novo Código Civil Comentado - Coordenação Ricardo Fiúza - Editora Saraiva.

Os emancipados, Isto é, os menores de 18 anos e maiores de 16 que obtiveram a capacidade de praticar os atos da vida civil de forma plena, através de determinação legal, dos pais ou do Juiz, também possuem capacidade de outorgar mandatos. Só para ilustrar, uma das causas de emancipação prevista em lei é o exercício de atividade comercial.

E por fim, os maiores de 18 anos, visto que com esta idade e desde que não haja qualquer restrição, a pessoa alcança a maioridade e sua total capacidade para praticar todos os atos de sua vida civil, tornando-se pessoa sujeita a direitos e obrigações.

Oportuno esclarecer que o tempo de verificação da capacidade do agente é o da formação do mandato, isto é, quando a procuração é dada ao outorgado e que, a cessação da incapacidade superveniente do agente não elide a falta de capacidade anterior, tendo em vista se tratar de requisito essencial para a validade do contrato - **agente capaz**.

Procuração Pública

A procuração pública nos ensinamentos da Professora Maria Helena Diniz² é:

“Instrumento público de mandato que, feito por tabelião ou escrivão do processo, é exigido, em certos casos, por lei, para sua validade.”

O NCC determina expressamente os casos em que a procuração deve ser pública, ficando, para a prática interpretativa, os casos em que não for expressamente exigido instrumento público de mandato para a consecução da obrigação. Nestes poderá feita procuração particular.

Art. 637. A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato praticado (...).

Procuração Particular

A Procuração Particular está prevista no artigo 654 do NCC, como segue:

Art. 654 Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

² Dicionário Jurídico .Vol. 3, Ed. Saraiva, P.772;

§ 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

§ 2º O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida. (grifo nosso)

O artigo acima traz no seu parágrafo segundo uma faculdade dada ao terceiro interessado importante para quem está contratando.

As Procurações Públicas trazem no seu nascimento a sua autenticidade, por serem elaboradas, feitas e assinadas pelas partes juntamente com um Tabelião ou Escrevente Juramentado nas dependências de um Cartório de Notas, sendo toda documentação para a formação dos mandatos analisada por aqueles, imprimindo credibilidade ao documento, **fé pública**.

Com relação à Procuração Particular, esta é feita entre as partes, bastando que os interessados cumpram as exigências contidas no artigo acima transcrito.

Sem dúvida foram reunidas no NCC as exigências pertinentes à outorga de uma Procuração Particular, porém, aquilo que é uma faculdade para o terceiro interessado, posta no parágrafo segundo do artigo 654 do NCC **deveria ser considerada exigência obrigatória nos Editais de Licitação**, tendo em vista ser esta que confere autenticidade ao instrumento de mandato particular, garantindo a sua validade perante terceiros.

Documentos Necessários

Não obstante os cuidados na feitura das Procurações sejam públicas ou particulares, necessário se faz à exigência do **documento de constituição da sociedade** que tem interesse em contratar seja com a administração pública ou não, e suas **posteriores alterações**, para que se verifique se quem outorgou referida Procuração tem poderes para tanto ou não, evitando na origem, um problema futuro, que pode comprometer toda a contratação realizada.

Os contratos sociais trazem no seu texto, via de regra, a indicação de qual sócio administrará a sociedade e o modo como esta se processará, distribuindo, se for o caso, as competências administrativas entre os

sócios. É salutar para a sociedade que fique desde logo designados quais sócios administrarão a sociedade e seus limites neste exercício.

Acrescente-se aos documentos acima, **cópia autenticada do documento de identidade de quem outorgou e de quem recebeu os poderes de representação, além do já referido reconhecimento da firma do outorgante.**

Caro Colega

O “**caro colega**” é o documento que acompanha a Procuração Pública, entregue pelo Cartório no qual esta foi lavrada, onde constam as assinaturas do Tabelião de Notas e dos Escreventes para serem confrontadas com a assinatura destes na Procuração, sempre que o negócio for realizado em outro Estado.

Sabe-se que a Procuração Pública é assinada pelo Tabelião ou Escrevente Juramentado, confirmando os dados do instrumento.

A pessoa interessada, de posse do “caro colega” e do mandato dirige-se ao Cartório de notas, da cidade na qual vai ser realizado o negócio, levando o “caro colega”, para que a assinatura do Tabelião ou escrevente, constante da Procuração Pública seja confrontada com as deste documento, para ser **revalidada** gerando maior segurança às partes, evitando ou diminuindo a possibilidade de fraude na representação.

Conclusão

Na licitação, a fase da habilitação tem como objetivo a verificação documental do licitante, referente a sua regularidade formal, para que a Administração selecione, habilite aqueles que demonstrem ter **idoneidade, capacidade** para firmar o futuro contrato.

Como ensina o Mestre Adilson Abreu Dallari, **a idoneidade é uma característica da pessoa, física ou jurídica, do licitante e não da proposta.**

Logo, é nesta que se deve verificar a documentação de apresentação do interessado, isto é, a sua capacidade de contratar com o poder público, que é feita, como já dito, através de análise documental, começando por

definir quem responde pela interessada, quem pode se manifestar em nome desta, isto é, quem representa a empresa.

Para que esta fase transcorra sem problemas, há a necessidade, inclusive legal, de se analisar efetivamente todos os documentos que formam a habilitação do licitante, tendo em vista que os editais ou instrumentos convocatórios não pedem nada sem razão e explicação, olvidando sempre o melhor para o serviço público;

Mas para que esta análise seja realmente eficiente, também é necessário que as Comissões de Licitação sejam formadas por pessoas realmente qualificadas para tanto e que o órgão público licitante faça a adequação das funções de quem integram às Comissões, no que concerne a tempo de trabalho, bem como determinar que o consultor jurídico e contábil do órgão licitante oriente os membros da Comissão, no que se refere à parte legal do processo, abrindo diligências, nos termos da Lei 8.666/93, sempre que for necessário.

Portanto, é inquestionável a importância da excelente análise documental no processo licitatório, pois isto diminui as chances de problemas futuros, que podem até impactar no Contrato, oriundo da licitação.