

PARECER JURÍDICO Nº. 157/2021 – L.C.

Interessado: Secretaria Municipal de Transportes e Infraestrutura.

Referência: Licitação na modalidade Tomada de Preços nº 002/2021.

Protocolo nº: 2021002163.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÕES E CONTRATOS – PARECER JURÍDICO – DETECÇÃO DE ERRO EM LICITAÇÃO QUE A TORNA NULA. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA. ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI FEDERAL Nº 8.666/93, ART. 49.

1. RELATÓRIO

Adveio a esta Procuradoria Jurídica Municipal, afim de se conferir análise e parecer, via do Departamento de Licitações e Contratos Administrativos, por sua chefia, o Processo Administrativo de nº 2021002163, que trata sobre licitação na modalidade Tomada de Preços, atuado sob nº 002/2021.

Referido procedimento desenvolveu-se a partir de demanda advinda da Secretaria Municipal de Transportes, cujo objeto é a *“Contratação de Empresa especializada em serviços de pavimentação asfáltica em CBUQ (e=3,00 cm via não abaulada) incluso terraplenagem, meio fio e sarjetas (drenagem superficial), na estrada de servidão denominada ESTRADA DO RIBEIRÃO situada no município de Catalão – GO, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência/Projeto Básico e seus anexos, em atendimento às necessidades da Secretaria Municipal de Transportes e Infraestrutura.”*

Concluída a fase inicial do procedimento (fase interna), esta Procuradoria Jurídica, via de um de seus componentes habilitados, emitiu parecer consultivo acerca da

conformidade da minuta da Tomada de Preços e seus anexos, exarando considerações sobre referida fase, consoante se tem do Parecer Jurídico nº 040/2021/L.C., dado em 03 de fevereiro de 2021.

Em 08 de fevereiro de 2021, a Tomada de Preços e seus anexos tornaram-se públicos para a finalidade do processo junto ao mural físico da sede da licitante e em seu sítio eletrônico, bem como no Diário Oficial do Estado de Goiás N.º 23.485, protocolo n.º 216503, Jornal Diário do Estado (grande circulação), registrado no TCM/GO.

Em 11 de fevereiro de 2021, a licitação em epígrafe sofreu retificações no Orçamento Básico, de caráter apenas numérico e de digitação, não afetando na formulação das propostas por parte dos licitantes, motivo pelo que se manteve a data designada para a realização da primeira sessão pública, permanecendo inalterados os demais dispositivos esposados no instrumento convocatório, restando publicada a retificação para a finalidade do processo junto ao mural físico da sede da licitante e em seu sítio eletrônico, bem como no Diário Oficial do Estado de Goiás N.º 23.489, protocolo n.º 217223, Jornal Diário do Estado (grande circulação).

Aos 26 de fevereiro de 2021 foi realizada a primeira sessão pública de abertura de habilitação, oportunidade em que houve o comparecimento de 05 (cinco) empresas interessadas.

Em 01 de março de 2021, o Presidente da Comissão Permanente de Licitação proferiu decisão de julgamento de habilitação.

Em seguida aberta a fase recursal, oportunidade em que as empresas licitantes interessadas apresentaram seus Recursos Administrativos.

Todavia, antes da análise e julgamento dos referidos recursos, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás proferiu a Medida Cautelar n.º 01/2021 que **“DETERMINA A IMEDIATA SUSPENSÃO DA TOMADA DE PREÇOS N.º 002/2021, BEM**

COMO DE TODOS OS EVENTUAIS ATOS A ELA RELACIONADOS, NA FASE EM QUE SE ENCONTRA, DE MODO A NÃO SE PROSSEGUIR COM ATOS DE APERFEIÇOAMENTO DA LICITAÇÃO, TAIS COMO A ASSINATURA DO CONTRATO”.

Diante disso, o Presidente da Comissão Permanente de Licitações decidiu, em cumprimento a Medida Cautelar acima mencionada, pela SUSPENSÃO IMEDIATA da Tomada de Preços n.º 002/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de pavimentação asfáltica em CBUQ (e=3,00 cm via não abaulada) incluso terraplenagem, meio fio e sarjetas (drenagem superficial), na estrada de servidão denominada “Estrada Ribeirão”, pelo que restou publicada a decisão para a finalidade do processo junto ao mural físico da sede da licitante e em seu sítio eletrônico.

Ato contínuo, adveio por remessa a este Órgão Consultivo a íntegra do feito, para que se fizesse a presente análise acerca de como proceder diante da detecção de nulidade em procedimento licitatório.

Em síntese, é o relato do que basta.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando os autos, verifica-se que, o presente processo já fora objeto de análise de parecer inicial desta assessoria jurídica, manifestando em favor da regularidade da minuta do edital e seus anexos, obedecendo a legislação vigente.

Verifica-se que foi realizada sessão de abertura, no dia 26 de fevereiro de 2021, e que compareceram diversas empresas interessadas no objeto da licitação, havendo empresas habilitadas.

Analisando os autos, observa-se que a licitação obedeceu aos ditames legais, sendo observadas as exigências contidas na Lei nº 8.666/93, no tocante à modalidade e ao procedimento. Verifica-se que foram cumpridas as formalidades de publicidade do

J

procedimento, a existência de dotação orçamentária, a realização de levantamento de preços com base em tabela referencial. Restando, portanto, obedecidos os pressupostos legais da Legislação pertinente. Razões pelas quais não há que se falar em ilegalidade, no sentido de respeito às formalidades procedimentais.

Entretanto, apesar da lisura com que foram elaboradas as especificações e exigências veiculadas no edital, de fato, consoante entendimento firmado pelo Tribunal de Contas, elas ultrapassaram o legalmente permitido, estando em desconformidade com o art. 3º da Lei 8.666/93, comprometendo a competitividade e a seleção da proposta mais vantajosa.

É cediço, que o edital deve subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais, e não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias.

O art. 3º da Lei Federal 8.666/93, que trata dos elementos necessários ao edital, enfatiza:

“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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

§ 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).”

Desse modo, a solução para evitar que o referido vício contra a isonomia do certame (exigências excessivas) contamine as contratações dele derivadas, por consequência do art. 49, §2º da Lei Federal nº 8.666/932, consiste na anulação da Tomada de Preços nº 002/2021. Ou seja, a **anulação** da Tomada de Preços nº 002/2021, consiste, agora, em **dever da autoridade competente para homologação**, de acordo com o art. 49, *caput*, da referida lei.

Tal dever é reforçado por interpretação indicada em precedente do STJ, segundo o qual a “Administração Pública, constatando **vícios de qualquer natureza** em procedimento licitatório, tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade”.

José Cretella Júnior leciona que “*pelo princípio da autotutela administrativa, quem tem competência para gerar o ato, ou seu superior hierárquico, tem o poder-dever de anulá-lo, se houver vícios que os tornem ilegais*”. O poder-dever da Administração Pública de rever seus próprios atos decorre exatamente da necessidade de resguardar o interesse público, revogando e anulando atos administrativos que, mesmo depois de praticados, se tornem lesivos aos interesses da administração.

Voltando ao debate do art. 49 da Lei 8.666/93, que possibilita o ato de invalidação do certame, necessário enfatizar que referida norma prevê duas formas de fazê-la. A primeira é a revogação que deve operar quando constado a existência de fato superveniente lesivo ao interesse público. A segunda é a anulação que opera quando da

existência de vício de legalidade (violação as normas legais). No caso em debate, como já mencionado, a licitação obedeceu a todos os requisitos formais exigidos na lei para a modalidade, entretanto, o Projeto Básico não foi realizado de acordo com as diretrizes prevista na Lei nº8.666/93, possuindo vício de legalidade.

É evidente a existência de fato posterior (constatação de erro no Projeto Básico) relevante e prejudicial (violação as normas legais) e ao interesse público (boa administração das finanças) a justificar anulação, nos moldes da primeira parte do caput do art. 49 da Lei 8.666/93.

Revogação segundo Diógenes Gasparini “é o desfazimento da licitação acabada por motivos de conveniência e oportunidade (interesse público) superveniente – art. 49 da Lei nº 8.666/93”. Trata-se de um ato administrativo vinculado, embora assentada em motivos de conveniência e oportunidade. Cabe aqui ressaltar que é necessária a ocorrência de fato superveniente e de motivação para que o procedimento da licitação seja revogado pautado no interesse público. Diversamente do que ocorre com a anulação, que pode ser total ou parcial, não é possível a revogação de um simples ato do procedimento licitatório, como o julgamento, por exemplo. Ocorrendo motivo de interesse público que desaconselhe a contratação do objeto da licitação, é todo o procedimento que se revoga. Referida Lei 8.666/93, art. 49, § 3º, prevê ainda que no caso de desfazimento da licitação fica assegurado o contraditório e a ampla defesa, garantia essa que é dada somente ao vencedor, o único com interesse na permanência desse ato, pois através dele pode chegar a executar o contrato.

Desta feita, diante da impossibilidade do prosseguimento, a anulação do certame torna-se obrigatória, haja vista ser uma das funções da Administração Pública resguardar a legalidade e o interesse público, e o erário público de despesas comprovadamente ilegais.



Portanto, esta assessoria jurídica entende que o erro tem potencial suficiente de anular o certame, pela exigência em sede de habilitação, de comprovação de fabricação própria ou de termo de compromisso com fornecedor (terceiros).

Diante do exposto, esta assessoria jurídica, **sugere** anulação do procedimento licitatório, a imediata adequação do Projeto Básico e a realização de novo certame, nos termos dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade e da moralidade, bem como do artigo 49 da Lei 8.666/93.

3. CONCLUSÃO

De tudo o que se expôs, esta Procuradoria Jurídica do Município de Catalão/GO manifesta via do procurador que subscreve, **pela anulação do procedimento licitatório, a imediata adequação do Projeto Básico e a realização de novo certame**, nos termos dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade e da moralidade, bem como do artigo 49 da Lei 8.666/93.

Por derradeiro, cumpre salientar que a Procuradoria emite parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, além disso, este parecer é de caráter meramente opinativo, não vinculando, portanto, a decisão do Gestor Municipal (TCU, Acórdão nº 2935/2011, Plenário, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES, DOU de 17/05/2011). Como diz JUSTEN FILHO (2014. p. 689) “o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica”, ou seja, o gestor é livre no seu poder de decisão.

É o parecer. S.M.J.

Catalão (GO) aos, 11 de março de 2021.


João Paulo de Oliveira Marra
Procurador-Chefe Administrativo
OAB/GO 35.133