

PARECER JURÍDICO CONCLUSIVO Nº. 1009/2023 – L.C.

Interessado: Secretaria Municipal de Saúde.

Referência: Licitação na modalidade Pregão Presencial nº 014/2023.

Protocolo nº: 2023020207.

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 2023020207, que trata sobre licitação na modalidade Pregão Presencial, autuado sob nº 014/2023.

Referido procedimento desenvolveu-se a partir de demanda advinda da Secretaria Municipal de Saúde, cujo objeto é o *“Registro de preços para futura e eventual contratação de serviços de vigilância patrimonial desarmada em atendimento às necessidades do Município de Catalão para o período de 12 (doze) meses, conforme estipulado no Termo de Referência (Anexo I)”*.

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 do Pregão Presencial e seus anexos, exarando considerações sobre referida fase, consoante se tem do Parecer Jurídico Prévio nº 784/2023/L.C., dado em 31 de maio de 2023.

Em 01 de junho de 2023, o Pregão Presencial os 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 24.052, protocolo n.º 385187, Jornal Diário do Estado (grande circulação), registrado no TCM/GO.

Em 14 de junho de 2023, a empresa interessada WORLD SERVICE TERCEIRIZAÇÃO LTDA (CNPJ: 20.621.721/0001-26), apresentou, via e-mail, Pedido de Esclarecimento, o qual foi devidamente respondido pelo Pregoeiro Municipal, via e-mail, ainda em 14 de junho de 2023.

Em 15 de junho de 2023, a empresa interessada MENDONÇA SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA - EPP (CNPJ: 16.958.127/0001-58), apresentou, via e-mail, Impugnação ao Edital, o qual foi Recebido e Negado o Provimento pelo Pregoeiro Municipal em 19 de junho de 2023, mantendo as disposições indicadas no Edital e Anexos.

Aos 20 de junho de 2023 foi realizada a primeira sessão pública de credenciamento, oportunidade em que houve o comparecimento de 12 (doze) empresas interessadas.

Devido a indisponibilidade do sistema Prodata, o Pregoeiro resolveu suspender a sessão, ficando em poder deste, os documentos de credenciamento, envelopes de propostas de preços e habilitação de todas as credenciadas e, considerando a necessidade de dar continuidade no processo, designou a data de 22 de junho de 2023, às 08:15 horas para a reabertura do certame.

Em 22 de junho de 2023, foi realizada a segunda sessão pública de julgamento das propostas, oportunidade em que houve o comparecimento das 12 (doze) empresas interessadas.

Em análise dos documentos componentes da fase da sessão pública e do que registrado na respectiva ata, infere-se que os atos foram praticados na seguinte ordem:

credenciamento dos representantes das licitantes; declaração de atendimento e da entrega dos envelopes; abertura dos envelopes de propostas; fase de lances e, derradeiramente, considerando o disposto no subitem 12.8, foi suspensa a sessão e designada a data de 26 de junho de 2023 às 13:30 horas para apresentação da composição dos custos de cada item que compõe cada lote e para aquelas que deram lances, apresentar, também, a proposta realinhada, sob pena de desclassificação.

Em 26 de junho de 2023, foi realizada a terceira sessão pública de julgamento da composição dos custos, oportunidade em que houve o comparecimento das 12 (doze) empresas interessadas.

Em análise dos documentos componentes da fase da sessão pública e do que registrado na respectiva ata, infere-se que os atos foram praticados na seguinte ordem: declaração de atendimento e da entrega dos envelopes; classificação das propostas; fase de lances, e, derradeiramente, considerando a inabilitação da empresa BRILHANTE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA – EPP (CNPJ: 12.441.717/0001-58), o Pregoeiro concedeu o prazo para que a segunda colocada no Lote 1 apresente sua composição de custos, ficando designada a data de 29 de junho de 2023, às 13:30 horas.

Em 29 de junho de 2023, foi realizada a quarta sessão pública de análise da composição da segunda colocada no Item 1, oportunidade em que houve o comparecimento das 12 (doze) empresas interessadas.

Em análise dos documentos componentes da fase da sessão pública e do que registrado na respectiva ata, infere-se que os atos foram praticados na seguinte ordem: declaração de atendimento e da entrega dos envelopes; classificação das propostas; fase de lances, e, derradeiramente, considerando as alegações da licitante D R PRESTADORA DE SERVIÇOS, no sentido de que na planilha de custo da empresa JOSE WELLINGTON RAMOS ANTUNES -ME foi apresentado memorial de cálculo e não planilha detalhada com todos os índices para gerar o valor final, conforme orientação do Tribunal de Contas dos

Municípios de Goiás - TCM/GO, bem como que na habilitação o atestado apresentado é de vigia/porteiro na Prefeitura de Catalão, porém cobra do concorrente que seja de apresentado de vigilante.

E ainda, as alegações da empresa BRILHANTE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA - EPP no sentido de que a empresa JOSE WELLINGTON RAMOS ANTUNES -ME usou uma convenção coletiva para fazer a composição dos custos de vigilância armada sendo que a empresa não é especializada em tal serviço, bem como que na habilitação o atestado apresentado consta como vigia/porteiro, sendo que a empresa apresentou a proposta como vigilância armada. Lei nº 7.102/83 e portaria 3.233/12. - DGDPF10/12/2012, e também que a licitante concorrente não pode exercer as atividades estranhas ao objeto social.

O Pregoeiro resolveu suspender a sessão, informando que todos os atos serão disponibilizados no site oficial do município, assim como os avisos dos próximos atos do processo.

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 20 de junho de 2023, 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, bem como Lei n.º 10.520/02 no tocante à modalidade e ao procedimento. Verifica-se que foram cumpridas as formalidades de publicidade do procedimento, a existência de dotação orçamentária, a realização de levantamento de preços com base em pesquisa de preços de mercado. 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).”

Ocorre, que o Termo de Referência (Anexo I) do Instrumento Convocatório deixou de definir de forma clara e objetiva, o objeto da contratação, que foi inclusive matéria de questionamentos pelas empresas interessadas, WORLD SERVICE TERCEIRIZAÇÃO LTDA (CNPJ: 20.621.721/0001-26) e MENDONÇA SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA - EPP (CNPJ: 16.958.127/0001-58), que questionaram sobre a prestação de serviços contínuos de mão de obra, tal como conservação e limpeza, portaria, recepção entre outras gestões de mão de obra e funções de vigilância/segurança privada, que é um serviço específico tutelado pela Polícia Federal, conforme Lei 7.102/83.

Sendo assim, o Edital não especificou de forma clara que o objeto da licitação seria de prestação de serviços contínuos de mão de obra de portaria, com a função de zelar pela guarda do patrimônio e fazer a vigilância de estacionamentos e edifícios públicos, além inspecionar dependências, no intuito de evitar imprevistos e realizar o controle do fluxo de pessoas.

Isso porque, para a função de vigilante, é obrigatório que o profissional passe por um curso de formação e reciclagem periodicamente, em instituições de formação, credenciadas com a Polícia Federal.

Como atividades, o vigilante monitora dependências e áreas públicas e privadas. A finalidade é prevenir, controlar e combater delitos.

Também zelam pela segurança das pessoas, do patrimônio e pelo cumprimento das leis e regulamentos.

Além das funções destacadas, o vigilante recepciona e controla a movimentação de pessoas em áreas de acesso livre e restrito; fiscalizam pessoas, cargas e patrimônio; controlam objetos e cargas, entre outras atividades.

Entre as diferenças das duas funções, o porteiro não é uma atividade regulamentada por lei. Já o vigilante é uma atividade regulamentada pela Lei 7.102, de 20 de junho de 1983 e pela PORTARIA 3.233/2012 – Diretoria Geral/Departamento Polícia Federal, de 10 de dezembro de 2012.

Em conclusão, o porteiro e o vigilante possuem características específicas que diferenciam as duas funções. Portanto, o Edital deve ser bastante claro ao distinguir as duas contratações, até para melhor definir a convenção que será adotada para fins de apresentação da planilha de composição de custos na proposta, bem como o que deve ser exigido como documentação essencial para Habilitação.

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 do Pregão Presencial nº 014/2023. Ou seja, a **anulação** do Pregão Presencial nº 014/2023, 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 Termo de Referência 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 Termo de Referência) 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, por não ter o Instrumento Convocatório especificado de forma clara e precisa se o objeto da contratação se trata de prestação de serviços contínuos de mão de obra de porteiro, atividade que não é regulamentada por lei específica e portanto não se exige maiores requisitos habilitatórios ou prestação de serviços contínuos de mão de obra de vigilante que é uma atividade regulamentada pela Lei 7.102, de 20 de junho de 1983 e pela PORTARIA 3.233/2012 – Diretoria Geral/Departamento Polícia Federal, de 10 de dezembro de 2012.

Diante do exposto, esta assessoria jurídica, **sugere** anulação do procedimento licitatório, com a imediata adequação do Termo de Referência 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 Termo de Referência 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, 14 de julho de 2023.



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