

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

PROCURADORIA JURÍDICA

PARECER

O feito foi encaminhado a esta Procuradoria Jurídica para análise e posicionamento jurídico acerca de notificação contida no requerimento nº 2019/10/7079, anexado às fls. 405/430 do processo licitatório nº 155/2019, na modalidade Pregão presencial, pelo Sistema de Registro de Preços nº 114/2019.

Conforme consta da documentação anexada às fls. 436/453, foi encaminhado ao Município Apontamento Preliminar de Acompanhamento (APA) nº 13128 emitido pela Coordenadoria de Acompanhamento de Atos de Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, orientando pela revisão do instrumento convocatório no mesmo ponto atacado pela notificante, e outras considerações.

É a síntese do essencial, passo à análise da solicitação.

Considerando as informações trazidas aos autos pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, e, em especial o subitem 8.4.2; 8.4.3; item 20.10; Termo de Referência - anexo "I", e seus itens 32 e 50; Pesquisa de Preços inadequada, e demais apontamentos, entendo que não resta alternativa à Administração senão proceder à anulação da licitação.

De outro lado, em que pese os apontamentos do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, o fato é que o sobrepreço verificado nos itens é fundamento suficientemente hábil para que a autoridade administrativa determine a anulação do certame.

A constatação de sobrepreços evidencia que a pesquisa mercadológica que instruiu o feito e serviu como parâmetro para delimitação dos preços máximos admitidos, foi falha no seu propósito de aferir os preços praticados no seguimento. É bem verdade que, muitas vezes se espera que na fase de lances haja uma considerável redução dos preços máximos indicados no edital,

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

entretanto, ainda sim, o fato é que por força dos comandos insculpidos na Lei 8.666/93, não se pode deflagrar um processo licitatório com preços fora dos padrões admitidos no mercado.

De fato, a indicação de sobrepreço, leva à inevitável conclusão de que foi desrespeitada a Lei de Licitações, especialmente no que diz respeito ao seu artigo 3º e artigo 15, incisos III e V.

Nesse sentido, a jurisprudência:

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO POPULAR – APURAÇÃO DE ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – NULIDADE DE LICITAÇÃO POR PRÁTICA DE SOBREPREGO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO E SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE – AFASTADA – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL – AFASTADA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA – RECURSO DO MUNICÍPIO NÃO CONHECIDO NO QUE DIZ RESPEITO A CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA À DEVOLUÇÃO DE VALORES – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – CONDENAÇÃO QUE NÃO FOI À ELE IMPOSTA – MÉRITO – NULIDADE DO CERTAME LICITATÓRIO DEVIDAMENTE RECONHECIDA – COMPROVADA A PRÁTICA DE SOBREPREGO – PRODUTOS FORNECIDOS POR VALOR SUPERIOR A MÉDIA DE MERCADO – AFRONTA A LEI Nº 8.666/93 – GESTORES PÚBLICOS QUE TOMARAM TODAS AS MEDIDAS E PROVIDÊNCIAS CABÍVEIS À ÉPOCA – RESPONSABILIDADE AFASTADA – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – DEVER DE RESSARCIMENTO PELAS EMPRESAS QUE AUFERIRAM LUCRO INDEVIDO CAUSANDO PREJUÍZO AO ERÁRIO – DEVOLUÇÃO DEVE SER REALIZADA DE ACORDO COM OS VALORES COBRADOS A MAIOR E NÃO COM BASE NOS VALORES TOTAIS COBRADOS – PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA MUNICIPALIDADE – PRODUTOS FORAM DEVIDAMENTE ENTREGUES AO PODER PÚBLICO – RECURSO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

CONHECIDA PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSOS DOS GESTORES PÚBLICOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS – RECURSOS DAS EMPRESAS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.”

(TJ-MS - APL: 00022218520068120017 MS 0002221-85.2006.8.12.0017, Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Data de Julgamento: 16/02/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 22/02/2016)

A irregularidade macula o procedimento de forma que não há como reaproveitá-lo.

O procedimento licitatório se realiza mediante uma série de atos administrativos, pelos quais aquela entidade que pretende contratar analisa as propostas efetuadas pelos que pretendem ser contratados e escolhe, dentre elas, a mais vantajosa para os cofres públicos. Em razão disso, essa série de atos administrativos sofre um controle por parte do poder público.

Esse controle que a Administração exerce sobre os seus atos caracteriza outro princípio administrativo: o da autotutela administrativa. Esse instituto foi firmado legalmente por duas súmulas, *verbis*:

Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal – “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – “A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Essas súmulas estabeleceram então que a Administração poderá revogar, por motivo de interesse público, ou anular, em razão de ilegalidade, seus atos. Acerca da revogação e anulação da licitação, dispõe a Lei nº 8.666/93:

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.”

Sobre quando se deve anular e quando é cabível revogar a licitação, Marçal Justen Filho explica que *“na revogação, o desfazimento do ato administrativo não decorre de vício ou defeito. Aliás, muito pelo contrário. Somente se alude à revogação se o ato for válido e perfeito: se defeituoso, a Administração deverá efetivar sua anulação.”*¹

De fato, a anulação é o meio utilizado quando o ato específico ou todo o procedimento é ilegal. O ato administrativo quando realizado em discordância com o preceito legal é viciado, defeituoso, devendo, assim, ser anulado. Neste caso, não há margem para a Administração deliberar sobre o atendimento ao interesse público; a mera quebra de premissa de lei ocasiona o vício, sendo passível de anulação, suscitada de ofício pela autoridade ou por terceiros interessados, mesmo após a homologação ou a adjudicação da licitação. Nesse sentido: MS 12.047/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.4.2007; RMS 1.717/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 14.12.1992.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 480.

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

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”*².

Visto o acima exposto, entendo que está devidamente preenchido o requisito necessário para anulação da licitação, já que não há espaço para deliberação sobre a conveniência e oportunidade da autoridade administrativa –, uma vez que este se mostrou inequivocamente defeituoso, ferindo frontalmente as disposições legais que regem a matéria.

Enfim, constatada a existência de vício, ainda fase interna da licitação, que contaminou todo o certame, entendo que é o caso de anulação do processo licitatório³, com escopo no artigo 49, *caput*, segunda parte, da Lei 8.666/93.

Friso que dar continuidade ao processo poderá implicar prejuízos ao Município.

De outro lado, a anulação desta licitação não trará qualquer prejuízo para terceiros, uma vez que ainda não houve qualquer repercussão na esfera jurídica de possíveis interessados, e, portanto, não haverá necessidade observar o contraditório e ampla defesa. Nesta vertente, segue a orientação do STJ sobre o tema:

“Nos processos licitatórios de qualquer espécie, antes da homologação, têm os concorrentes expectativa de direito ao resultado da escolha a cargo da Administração, não sendo pertinente se

² CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993)*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 305.

³ Conforme orientação no Tribunal de Contas da União *“Se na fase interna são possíveis as devidas correções, na fase externa, após a publicação do edital, qualquer falha ou irregularidade constatada, se insanável, levará à anulação do procedimento.”* Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas/Tribunal de Contas da União*. 3ª ed, rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 51.

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

falar em direito adquirido. Verifica-se, pelos documentos acostados aos autos, que o procedimento licitatório ainda estava em curso e, ao titular de mera expectativa, não se abre o contraditório.”

Em razão deste parecer, que inclina para a necessidade de anulação do certame, obviamente, fica prejudicada a análise do mérito acerca de notificação contida no requerimento nº 2019/10/7079.

Não é demasiado mencionar que o presente parecer somente analisa a possibilidade jurídica de anulação do feito, ressaltando-se que não se elimina a possibilidade de eventual responsabilização de quem deu causa à irregularidade apontada.

Por derradeiro, cumpre salientar que este parecer toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe, cabendo a esta Procuradoria Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos administrativos, nem analisar aspectos de natureza técnico-administrativa. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Em face disso, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas as publicações dos atos de nomeação/designação, ou as citações destes, da autoridade e demais agentes administrativos, bem como dos atos normativos que estabelecem as respectivas competências, a fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Encaminhe-se ao Excelentíssimo Prefeito Municipal para decisão.

Sendo determinada a anulação, as empresas que efetuaram a retirada do edital do pregão deverão ser devidamente científicadas.

Em caso de motivação *aliunde*⁴ pela autoridade superior, deverá ser encaminhada, juntamente com a cópia da decisão proferida, cópia deste parecer.

Atentar para a publicação dos atos.

É o parecer e a orientação que submeto à consideração superior⁵.

Assis Chateaubriand/PR, 14 de outubro de 2019.


Eduardo H. F. Martins
OAB/PR 57.569

⁴ A motivação *aliunde* ou *per relationem* é caracterizada quando a administração pública, ao tomar uma decisão, remete sua fundamentação a outro documento (ex.: parecer), e está prevista no artigo 50, § 1º, da Lei 9784/99.

⁵ Este parecer possui 7 laudas, numeradas e rubricadas.