



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS
Estado do Espírito Santo

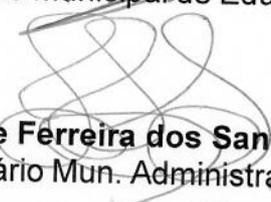
DECISÃO DAS AUTORIDADES COMPETENTES

Com base nos documentos encaminhados, RATIFICAMOS integralmente o parecer da Procuradoria Geral do Município Nº 363/2019, emitido pelo douto Procurador Dr. Rodrigo Lisboa Corrêa, **definindo o que se segue abaixo:**

- RECURSO FACE A DECISÃO DE ANULAÇÃO DO CERTAME IMPETRADO PELA EMPRESA INTERNACIONAL SOLUÇÕES EM SERVIÇOS LTDA: determinamos pela IMPROCEDÊNCIA do recurso contra a ANULAÇÃO do certame, com base nos fundamentos expostos no parecer jurídico supra citado.

São Mateus/ES, 19 de março de 2019.


José Adilson Vieira de Jesus
Secretário Municipal de Educação


Felipe Ferreira dos Santos
Secretário Mun. Administração


Henrique Luís Follador
Secretário Municipal de Saúde

PROCESSO Nº 000.338/2019

PARECER Nº 363/2019

ÓRGÃO INTERESSADO/RESPONSÁVEL: SECRETARIA MUNICIPAL DE
EDUCAÇÃO

ASSUNTO/OBJETO: ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - RECURSO FACE
DECISÃO DE ANULAÇÃO DO CERTAME - IMPROCEDÊNCIA - MANUTENÇÃO
DA DECISÃO.

MODALIDADE: PREGÃO PRESENCIAL

PARECER JURÍDICO

Trata-se de solicitação de parecer jurídico concernente ao recurso interposto pela empresa INTERNACIONAL SOLUÇÕES EM SERVIÇOS LTDA irresignada com a decisão de anulação do PREGÃO PRESENCIAL nº 005/2019, tipo MENOR PREÇO POR LOTE, para subsidiar a formalização de ATA DE REGISTRO DE PREÇOS, conforme o procedimento de registro de preços, realizado para seleção de empresa para *“contratação de empresa especializada para prestação de serviços pré-preparo e preparo da alimentação escolar, e de limpeza, higienização e desinfecção nas instalações físicas das unidades de ensino, unidades de saúde e sedes administrativas para atender as necessidades das secretarias de administração, educação e saúde do município de São Mateus ES”, conforme Termo de Referência.*

Alega a recorrente que “a revogação do certame com base nos fundamentos elencados não pode se sustentar”.



Irresignada com a anulação do certame, pois concluiu que a Administração pretende apenas anular a licitação, que entende já estar consumada, apenas para retificar o item do edital para fazer constar o valor estimado e o preço máximo e, após, realizar nova licitação, com o mesmo objeto da licitação anulada.

Expõe que a anulação do certame é ato prematuro e inconsistente, que a análise do vício ocorrido foi em momento posterior a apresentação da proposta vencedora de uma licitante que foi inabilitada e que ainda havia recurso pendente de julgamento capaz de viabilizar sua habilitação e, por conseguinte, o próprio certame, haja vista que a proposta apresentada por esta recorrente é inferior ao valor estimado par o lote II.

Defende que antes de analisar a ocorrência do vício arguido pela Procuradoria, seria necessário se comprometer a entidade licitante com a análise do recurso apresentado, pois o mesmo é prejudicial ao mérito do vício questionado, já que tem o poder de viabilizar o certame a partir da habilitação de uma concorrente que apresentou proposta plenamente exequível e até inferior ao valor estimado que foi a causa da anulação do certame.

Alega que o vício se deu apenas para um Lote do certame e que o vício somente se materializa diante da hipótese de inabilitação da recorrente, sendo assim, caso haja provimento ao recurso contra a inabilitação, o vício não poderá dar causa a anulação do certame.

Explanou ainda sobre o artigo 49 da lei de licitações - lei 8666/93, cujo teor é atinte ao instituto da revogação, sendo esta por razões de interesse público decorrente de fato superveniente.

Refuta a existência de vício, com argumento de que não há ilegalidade no certame, pois não houve violação a princípios ou normas atinentes a lei de licitações.

Recorre ainda sob o argumento de que é preciso que tenha ocorrido um fato superveniente capaz de alterar o interesse público, de maneira que a licitação não seja mais conveniente e oportuna para atingir os objetivos buscados pelo Poder Público. Argumenta

Opôs que tal fato superveniente decorreu da desclassificação dos licitantes após a inabilitação da primeira colocada, não restando capaz de alterar o interesse público.

Afirma que é possível anulação parcial do procedimento licitatório com aproveitamento dos atos que não tenham sido maculados pelo vício, aduzindo que cabe ao gestor dentro da esfera da discricionariedade, nos termos do art. 49 da Lei 8666/93, invalidar apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento e retomar o certame no momento imediatamente anterior ao ato ilegal.

Ressalta que o ato viciado contamina os subsequentes e não os antecedentes. Diante desta situação, antes que se promovesse a anulação do certame se fazia necessário avaliar a possibilidade de habilitação da primeira colocada (ora recorrente) no certame, já que somente o ato viciado e os subsequentes poderiam ser retirados do mundo jurídico, permanecendo os antecedentes.

Por fim, requer provimento ao recurso para que seja reformada a decisão ora recorrida, no sentido de ser reconhecida a ilegalidade da anulação da licitação, em comento, pelo motivo apontado, dando-se prosseguimento ao

certame licitatório na fase em que fora paralisado, qual seja a fase de apreciação dos recursos. Sucessivamente, requer que caso seja negado provimento ao recurso interposto em face da inabilitação da recorrente, seja mantida a anulação do certame, haja vista que só assim nascerá o vício superveniente capaz de macular o certame, qual seja a desclassificação das demais licitantes em razão do valor máximo estimado pelo município para a referida contratação, no importe de R\$7.333.000,00 (sete milhões, trezentos e trinta e três mil reais).

É o relatório, passo ao parecer jurídico.

Inicialmente, o recurso interposto pela recorrente em razão da anulação do certame se confunde no "*méritum in causae*" com o recurso interposto, anteriormente, face sua a inabilitação no presente procedimento licitatório.

Conforme se vê às folhas nº. 1814 a 1817, o certame foi anulado pela autoridade competente com ampla divulgação do ato anulatório nos meios de comunicação pertinentes ao caso.

Os efeitos da anulação de ato administrativo ilegal ou ilegítimo são extunc, diferentemente da revogação. Dessa forma, o ato é comprometido desde sua origem, uma vez que o vício o macula desde seu surgimento no mundo jurídico.

Portanto, deixo de analisar as referências realizadas, no presente recurso, com mérito relativo inabilitação da licitante, posto que não são objetos passíveis de recurso contra ato de anulação Certame.

As razões recursais da licitante, ora irresignada, confundem os institutos jurídicos da Revogação e Anulação, fazendo-se, portanto, necessário uma breve conceituação acerca do tema.

Pois bem, entre as prerrogativas da Administração Pública, há a possibilidade de revogar atos que não sejam mais convenientes e oportunos para o atendimento do interesse público, bem como de invalidá-los (anulá-los) em caso de ilegalidade. Nesse sentido, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte enunciado:

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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Frise-se que esses deveres-poderes também estão legalmente previstos no art. 49 da Lei nº 8.666/93:

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.

Conforme exposto, a revogação da licitação se dá por interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, bem como é obrigatória a sua anulação

por ilegalidade, neste último caso podendo agir de ofício ou provocado por terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

O ato de anulação do Certame encontra guarida na legislação em vigor, sendo, portanto, ato vinculado ao administrador público em caso de ilegalidade que venha a macular o procedimento e ferir os princípios que envolvam a Lei de Licitações.

A todo momento a recorrente alega que o motivo da anulação do certame se deu por “ato superveniente”, não obstante, convém salientar que tal indicação aponta confusão entre os institutos jurídicos anteriormente expostos, pois se a motivação do ato impugnado fosse pelo motivo tratado na peça recursal, seria caso de tratar sobre revogação e não anulação do certame.

Hely Lopes Meireles conceitua anulação como: “é a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de ilegalidade, pode ser feita a qualquer fase e tempo antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital. ¹Cabe ainda ressaltar que a anulação da licitação acarreta a nulidade do contrato (art. 49, § 2º). No mesmo sentido “a anulação poderá ocorrer tanto pela Via Judicante como pela Via Administrativa”².

O pressuposto lógico da anulação é que existe ilegalidade, portanto, vício no ato.

A Administração Pública pode, independentemente de provocação, conhecer da ilegalidade de seu ato e anular seus efeitos. Trata-se do exercício

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros – 2004. P.302.

² MOREIRA, Luiz Fernando O procedimento licitatório e suas etapas. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 102. Disponível em:<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=417>> Acesso em: 30 out. 2006.

de sua prerrogativa de autotutela. A possibilidade de anulação do ato administrativo fundamenta-se no princípio da legalidade.

Cabe ainda esclarecer acerca da obrigatoriedade da Administração Pública, ao verificar a existência de ilegalidade, de proceder à anulação do ato. Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendem que a Administração Pública tem o dever de anular ato administrativo eivado de vício, posto que deve sempre se nortear pelo princípio da legalidade.

Com base no entendimento da doutrina majoritária, o procedimento licitatório deve ser anulado, em obediência aos princípios da legalidade e do interesse público. Segundo esta parte da doutrina, o ato ilegal nunca pode ser convalidado, tendo em vista que, por simplesmente padecer de vício, fere o interesse público, o qual é o objetivo principal da licitação. Trocando em miúdos, o ato ilegal jamais poderá ser reconhecido como legal, exatamente porque o vício que o contamina pode ferir o interesse da coletividade, o que é inadmissível. Outra questão relevante a ser apontada é que o próprio conceito de licitação já justifica a anulação do procedimento licitatório devido à ilegalidade. Ora, a licitação é um ato administrativo vinculado, ou seja, é uma sucessão de atos, cuja validade de um ato depende da validade dos anteriores. Em outras palavras, se qualquer um desses atos estiver ilegal, todos os demais praticados posteriormente a ele também estarão, podendo-se manter os efeitos somente daqueles praticados anteriormente, desde que estejam em conformidade com o ordenamento.

A anulação do certame se deu porque o preço de referência não foi fixado no edital do pregão, incorrendo em prejuízo na concorrência das empresas que participaram do procedimento licitatório.

A Lei 10.520/02 estabelece que o orçamento elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação constará “dos autos do processo” e a jurisprudência do TCU se firmou no sentido de que não há obrigatoriedade de divulgação do valor estimado no edital do pregão. Essa compreensão estaria em harmonia com a necessidade de estimular a competitividade da fase de lances e de preservar o poder de negociação do pregoeiro. Pela mesma razão, também a divulgação do preço máximo seria, segundo o TCU, decisão discricionária da Administração.

Em 2011, o Acórdão nº 392, do Plenário do TCU, consolidou esse entendimento:

“SUMÁRIO: 4. Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, o orçamento estimado deve figurar como anexo do edital, contemplando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU é no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.”
(Sem grifos no original.)

O voto do Ministro Relator, contudo, trouxe a seguinte ressalva:

“35.1 É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993.” (GRIFO NOSSO.)

Mais recentemente, a questão foi novamente discutida e teve como ponto central a desclassificação do menor preço da licitação por estar acima do valor estimado para o certame, que não havia sido divulgado no edital. A Segunda Câmara do TCU, por meio do Acórdão nº 10051/2015, julgou procedente a representação impetrada pela licitante prejudicada, entendendo, para aquele caso concreto, que "houve, sim, prejuízo à licitante até então vencedora do certame e, também, ao interesse público, já que a fase de negociação das propostas foi conduzida sem a clara e prévia definição do preço usado como critério de aceitabilidade, a despeito de o pregoeiro até ter dado oportunidade às licitantes (cujas propostas ficaram acima do preço de referência) para que, respeitada a ordem classificatória, reduzissem os seus lances até um patamar inferior ao valor referencial, o qual, todavia, não estava clara e previamente declarado no certame".

Determinou, conseqüentemente, que o órgão "se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU".

Portanto, o que se pode concluir em vista da jurisprudência do TCU, relativamente ao pregão:

a) O valor estimado e o preço máximo não são elementos obrigatórios do edital;

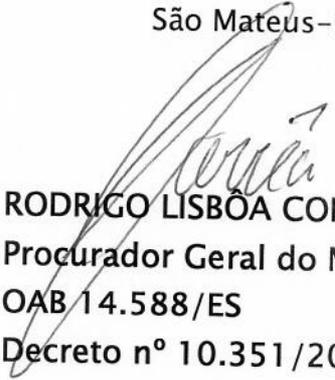
b) Quando o preço de referência (ou valor estimado) for utilizado como critério de aceitabilidade de propostas, a divulgação no edital é obrigatória;

c) É ilícita a desclassificação de proposta com base no valor estimado se o mesmo não foi divulgado no edital, inclusive na modalidade pregão.

Diante do exposto e de toda documentação acostada aos presentes autos, opinamos pela IMPROCEDÊNCIA do recurso contra a ANULAÇÃO do certame com base nos fundamentos já expostos.

Salvo melhor Juízo, é o nosso parecer.

São Mateus-ES, 19 de março de 2019.



RODRIGO LISBÔA CORRÊA
Procurador Geral do Município
OAB 14.588/ES
Decreto nº 10.351/2019