



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
Procuradoria-Geral do Município

Órgão: PROGE

Fl.: 1466

Ass.: 

Mat 23065-1

PROCESSO N°: 201912933876 – 6 volumes.

ORIGEM: Secretaria Municipal de Obras Públicas e Saneamento – SEMOP

INTERESSADO: CPL/SEMOP

ASSUNTO: Licitação – Concorrência Pública nº 013/2019.

COMPLEMENTAR: Análise de Recurso impetrado por AVANÇAR CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES EIRELI.

PARECER

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSULTA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA N° 013/2019-CPL/SEMOP. Análise de recurso administrativo interposto contra decisão de inabilitação de licitante. Recurso tempestivo, conforme art. 109, I, “a” e § 1° da lei de licitações. Mérito não analisado em razão da verificação de vício. Publicação de edital divergente da minuta aprovada pela Procuradoria-Geral do Município. Ausência de acato pela autoridade competente. Ilegalidade. Infringência do art. 38, parágrafo único, da lei federal nº 8.666/93. PELA ANULAÇÃO DA FASE EXTERNA DO CERTAME, NOS TERMOS DO ARTIGO 49, CAPUT, DA LEI DE LICITAÇÕES E DA SÚMULA 473 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PELA REPETIÇÃO DO CERTAME, NOS TERMOS DA MINUTA APROVADA PELA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO, MANTIDOS OS ATOS ADMINISTRATIVOS REFERENTES À FASE INTERNA DO CERTAME.

1 – RELATÓRIO

Versa o presente feito sobre consulta perpetrada pela Comissão Permanente de Licitação da Secretaria Municipal de Obras Públicas e Saneamento – CPL/SEMOP, acerca do recurso administrativo interposto pela empresa AVANÇAR CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES EIRELI. (fls. 1.437/1.443), contra decisão da Comissão que a julgou inabilitada na Concorrência Pública nº 013/2019, sob o fundamento de descumprimento do item 5.1.6, “d”, do edital, que trata da





ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
Procuradoria-Geral do Município

Órgão: PROGE
Fl.: 1467
Ass.: P
Mat.: 230621

capacidade técnico-operacional da empresa, como se depreende da Ata de Julgamento da Habilitação (fls. 1.429/1.430).

O referido certame tem por objeto a contratação de obra de engenharia visando à execução de pavimentação em paralelepípedo com rejuntamento betume/pedrisco com, drenagem superficial no trecho da Rua Caminho das Falésias e Rua Kildemir Grilo, Bairro Cajupiranga, Parnamirim/RN.

Os pressupostos de admissibilidade e as razões do recurso foram analisados pela CPL/SEMOP, no documento juntado às fls. 1.458/1.465, conforme ditames do art. 109, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93. O recurso foi considerado tempestivo e, no mérito, foi mantida a decisão que julgou inabilitada a empresa ora Recorrente.

É o que importa relatar. Passo a opinar.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Da tempestividade do recurso

O recurso administrativo, previsto no item 8.3 do edital, foi protocolado tempestivamente, em ressonância com o art. 109, I, “a” e § 1º, da Lei de Licitações. Vejamos:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

(...)

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “e”, deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas “a” e “b”, se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.”

(...)



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
Procuradoria-Geral do Município

Órgão: PROGE
Fl.: 1468
Ass.: P
Mat.: 230691

Da documentação que instrui os autos, vê-se que as demais empresas participantes da licitação foram comunicadas da interposição do recurso, mas silenciaram quanto às contrarrazões.

2.2 – Da análise da regularidade da fase externa da Concorrência nº 013/2019.

O primordial à Administração é perseguir o interesse e a finalidade pública, o que, de imediato, cria posições desiguais entre os licitantes, haja vista a supremacia do interesse público. Em razão disso, e em consonância com a isonomia e impessoalidade, nasce a garantia de acesso aos certames licitatórios a qualquer interessado, desde atendidos os critérios estabelecidos em lei.

Em razão disso, o Presidente da CPL/SEMOP se manifestou pela manutenção da decisão que inabilitou a empresa AVANÇAR CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES EIRELI, sob o fundamento de que a licitante haveria descumprido a regra editalícia disposta no subitem 5.1.6, “d”, do edital da Concorrência nº 013/2019, que trata da capacidade técnico-operacional da empresa, nos seguintes termos:

5.1.6 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

d) Comprovação da capacitação **TÉCNICO-OPERACIONAL**, mediante apresentação, por exemplo, de **um ou mais Atestado(s) de Capacidade Técnica, Certidões ou Declarações**, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado devidamente identificadas, **em nome da empresa licitante**, comprovando a execução de serviços de engenharia de características semelhantes ao objeto desta licitação, em relação às parcelas de maior relevância, conforme demonstrado a seguir no **item 5.1.6”g”**:

(...)

No entanto, antes de adentrar ao estudo das razões do recurso, após análise acurada de todo o procedimento tratado nos autos, restou verificado que o texto do Item 5.1.6 do edital da Concorrência nº 013/2019 não corresponde ao da minuta de fls. 92/192, aprovada por esta Procuradoria por meio do parecer de fls. 194/199, bem como que o referido parecer não foi submetido ao conhecimento e acatamento dos seus termos pelo Ordenador de Despesa da SEMOP, requisitos necessários à deflagração da fase externa do certame.



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
Procuradoria-Geral do Município

Órgão: PROGE

Fl.: 1469

Ass.: 

Mat.: 230621

Das constatações relatadas acima, infere-se que a publicação do edital licitatório ocorreu em desconformidade com a minuta previamente aprovada por esta Especializada, o que caracteriza infringência às normas da Leis de Licitações, mais precisamente à elencada no art. 38, parágrafo único,

Para comprovar tal assertiva, transcreveremos o mandamento contido no inciso VI e parágrafo único do art. 38, da Lei nº 8.666/93, que trata da obrigatoriedade da aprovação prévia da minuta de edital e seus anexos pelo órgão de assessoramento jurídico da Administração Licitante. Senão vejamos.

“Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Registre-se que o edital é a lei interna da licitação, e a presença de vícios ou mesmo imperfeições poderá conduzir à nulidade de todo o certame. Por isso, é indispensável que esse documento tenha sua legalidade previamente analisada pela assessoria jurídica.

Dai porque entende-se que a finalidade do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 é justamente propiciar o prévio controle de legalidade do instrumento que respaldará toda a licitação, evitando, dessa maneira, futuros infortúnios decorrentes de uma disciplina editalícia equivocada.

Disso se infere que o ato de deflagração da fase externa da licitação por meio de edital diverso do que fora aprovado pela Procuradoria-Geral do Município, caracteriza vício insanável, passível de nulidade, posto que realizado à margem da legislação de regência.

Portanto, verifica-se desobediência ao pressuposto necessário à publicação do ato convocatório de qualquer licitação, qual seja, o modelo previamente submetido à análise conclusiva e aprovação do respectivo Órgão de Consultoria Jurídica.





ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
Procuradoria-Geral do Município

Órgão: PROGE

Fl.: 1470

Ass.: 

Mat.: 230691

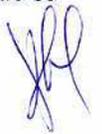
Sobre a submissão prévia à assessoria jurídica, o entendimento do Tribunal de Contas da União é de que “as minutas de editais, de contratos e de termos aditivos, inclusive nas contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação, necessariamente, devem ser submetidas a exame prévio e aprovação pelo setor jurídico do órgão ou entidade”.

Por meio do Acórdão nº 6571/2009, a 1ª Câmara do TCU determinou, entre outras medidas, que “somente publique edital licitatório cuja minuta tenha sido prévia e formalmente examinada e aprovada pela sua área jurídica”.

Tão especial e peculiar é a relação entre parecer jurídico e decisão do gestor, acerca de minutas aprovadas de editais, contratos e congêneres, que o Superior Tribunal de Justiça presume viciada a conduta do agente público executivo que desatende ao parecer jurídico, afastando-a quando o administrador o observa. A presunção baseia-se na expertise da assessoria jurídica para certificar a compatibilidade das minutas com a ordem jurídica, a garantir desejável teor de segurança jurídica na tomada de decisões. Desconsiderar esse controle prévio pela assessoria jurídica expõe o gestor público a gerenciar recursos públicos em desconpasso com a lei e o direito. Confira-se excerto de ementa de acórdão proferido pela Corte Superior:

“É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo tribunal de contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade (REsp nº 827.445/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 08/03/2010).

Assim, aprovadas as minutas, estas se transformam em atos administrativos perfeitos, isto é, completos quanto ao seu processo de formação no plano da existência (em que se devem apresentar os elementos morfológicos estruturantes do ato - competência, forma, objeto, motivo e finalidade, restando a publicidade para se aperfeiçoarem nos planos da validade (integridade desses mesmos elementos, isto é, ausência de vícios comprometedores da competência, da forma, do objeto, do motivo ou da finalidade) e da eficácia (aptidão para produzir efeitos jurídicos exigíveis), em que se desdobram os atos jurídicos em geral.





ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
Procuradoria-Geral do Município

Órgão: PROGE
Fl.: 1471
Ass.: P
Mat.: 230691

Em outras palavras: enquanto minutas, retratam estágio interno instrutório do processo de contratação, estando sujeitas a alterações de fundo e de forma, em busca, a qualquer tempo, de atender-se ao interesse da administração, que, a seu turno, deve conformar-se ao interesse coletivo; uma vez aprovadas pela assessoria jurídica, as minutas deixam de ser uma proposta das unidades técnicas e administrativas, para converterem-se em ato administrativo dependente apenas da publicidade para vincular à observância de seus requisitos e condições a própria administração e os particulares que pretendam com ela contratar ou conveniar.

Para o Tribunal de Contas da União, a Lei nº 8.666/93 exige a submissão da minuta do edital e do contrato a prévia análise pela assessoria jurídica, em que pese essa manifestação não vincular a autoridade, que pode praticar o ato sem acatar o teor do parecer elaborado, mas, nesse caso, deverá expor as justificativas para a divergência e assumirá a total responsabilidade pelo ato praticado. Nesse sentido, forma-se trecho do Voto do Ministro Relator no Acórdão nº 521/2013 – Plenário, fazendo menção a precedentes da Corte de Contas:

“17. Ocorre que mesmo que a administração contratante desejasse seguir adiante com a contratação pretendida, contrariando, eventualmente, parecer jurídico sobre o assunto, necessitar-se-ia da oposição de justificativa para tanto, no processo licitatório, conforme esclarecido no precedente Acórdão 147/2006 – TCU – Plenário, cujo excerto do voto condutor da lavra do Ministro Benjamin Zymler transcrevo a seguir, por pertinente ao assunto aqui abordado:

(...)

18. Em sentido semelhante, este Tribunal já havia alertado ao Inpc, mediante o subitem 1.5.3 do Acórdão 2.116/2011 – 2ª Câmara, com a redação dada pelo Acórdão 4.984/2011 – 2ª Câmara (Rel. o Ministro-Substituto André Luis de Carvalho), que “1.5.3. se abstenha de publicar editais de licitação ou minutas de contratos cujo conteúdo não tenha sido aprovado pela assessoria jurídica ou cujo conteúdo difira do aprovado por esta, nos exatos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, e, em caso de divergência, faça incluir no processo licitatório documento fundamentando a discordância ou a impossibilidade de atendimento;

Por todas as razões até aqui expostas, vê-se que a formalização do edital em conformidade com a minuta aprovada pela Procuradoria-Geral do Município, cujo parecer deve ser expressamente acatado pela Autoridade Condutora da licitação, é condição de legalidade do



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
Procuradoria-Geral do Município

Órgão: PROGE

Fl.: 1472

Ass.: P

Mat.: 2301691

procedimento, sem a qual o ato administrativo passa a agregar vício de ilegalidade, passível de anulação, nos termos do artigo 49 da Lei nº 8.666/93. Vejamos:

“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.

Assim, apesar de se tratar de típico poder de autotutela da Administração, e neste caso em particular, sem necessidade de contraditório e ampla defesa¹, tendo em vista que o vício se consolidou desde a abertura da fase externa da licitação, e, portanto, desde essa fase não origina direitos, a legislação determina procedimento próprio para a declaração de anulação da licitação; procedimento do qual Administrador Público não pode dispor, por dever de observância aos princípios da legalidade e motivação dos atos administrativos, conforme dicção da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Súmula 473: 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.”

¹ - Tribunal de Contas da União adotou raciocínio semelhante ao entendimento do STJ. A ementa da decisão apresenta, de forma clara, o caminho trilhado:

“Somente é exigível a observância das disposições do art. 49, § 3º, da Lei 8.666/1993 quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído com a adjudicação do objeto, gera direitos subjetivos ao licitante vencedor ou em casos de revogação ou de anulação em que o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como o causador do desfazimento do certame.”



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
Procuradoria-Geral do Município

Órgão: PROGE

Fl.: 1473

Ass.: P

Mat.: 2301691

Desse modo, constatada ilegalidade que não permita a convalidação do ato ou do procedimento viciado, a anulação se impõe. Portanto, a anulação, necessariamente, decorre de uma ilegalidade, isto é, de uma ofensa ao ordenamento jurídico.

3 - CONCLUSÃO

Do exposto, com fundamento nos documentos acostados aos autos e em consonância com a legislação pátria que rege a matéria, explicitada ao longo desta peça, conheço do Recurso atravessado pela empresa AVANÇAR CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES EIRELI, posto que tempestivo, e **opino pela anulação da fase externa da Concorrência nº 13/2019**, dada a ilegalidade verificada pela publicação de edital divergente da minuta submetida à aprovação da Procuradoria-Geral do Município e pela falta de aprovação do parecer pelo Ordenador de Despesa do Órgão Condutor do certame, o que caracteriza desobediência ao art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, tudo em conformidade com o art. 49, caput, da Lei de Licitações e da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual deixo de analisar as razões do referido recurso.

Opino, por fim, pelo aproveitamento dos atos administrativos que antecederam a fase externa da licitação, e pela repetição do certame, nos moldes anteriormente aprovados por esta Procuradoria, conforme Parecer de fls. 194/199. Ou caso, a CPL/SEMOP entenda pela necessidade de alteração do texto da minuta de edital já aprovada, que submeta a nova redação à manifestação conclusiva desta Especializada.

É o parecer, s.m.j., o qual submeto à apreciação do Procurador-Geral do Município.

Parnamirim/RN, 05 de junho de 2020.

KATHARINA DE MEDEIROS LINS
Procuradora-Geral Adjunta do Município
OAB/RN nº 4.090