

**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BANDEIRANTE
PODER EXECUTIVO MUNICIPAL**

ASSUNTO: PARECER JURÍDICO ACERCA DE RECURSO PROTOCOLADO PELA EMPRESA TALIA MÓVEIS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME DO JULGAMENTO DA PROPOSTA DO PROCESSO LICITATÓRIO N. 07/2016 NA MODALIDADE DE TOMADA DE PREÇO N. 02/2016.

É O PARACER.

Veio ao meu conhecimento, solicitação de Parecer Jurídico formulado pela Comissão de Licitação do Município de Bandeirante, notadamente acerca da situação em epigrafe identificada.

A recorrente **TALIA MÓVEIS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME** apresentou RECURSO DO JULGAMENTO DA PROPOSTA ao Edital DE Tomada de Preço nº 02/2016.

Em síntese, alega a recorrente que o edital foi lançado para favorecer a empresa FACILITY MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME, em função de que houve a inclusão da possibilidade da empresa apresentar CAU ou CREA, bem como ocorreu o cancelamento do Edital n. 01/2016, lançado anteriormente ao presente edital que originou o presente recurso.

Aduz a empresa que o favorecimento se deve ao fato de que o arquiteto contratado pela empresa FACILITY MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME é familiar ligado ao Prefeito Municipal, mais especificamente, o seu filho, Maicon Berti.

Assim, no entender da empresa, o antigo processo de licitação foi revogado para favorecer a contratação da empresa FACILITY MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME e, por via de consequência, o filho do prefeito.

Postulou por uma série de exigências, dentre as quais: participação do Ministério Público; inabilitação da empresa FACILITY MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME.

É a síntese necessária dos fatos.

AO PARECER PROPRIAMENTE DITO

Denota-se que as alegações da Recorrente se fundam, especificamente, nas normas previstas no edital n. 02/2016.

O inconformismo da Recorrente se infere na questão da possibilidade da empresa apresentar CAU e CREA e da revogação do edital anterior.

Primeiramente cumpre esclarecer que o Município de Bandeirante errou ao lançar o edital de Tomada de Preço n. 01/2016, bem como esta signatária na condição de assessora jurídica não deveria o ter assinado. Primeiro porque se o prazo no edital é de 15 (quinze) dias, durante esse intervalo de tempo todos os participantes deverão ter condições iguais de participação, o que não era observado, haja vista que a visita técnica estava prevista para os dois primeiros dias da licitação.

Desse modo, quem abriria o edital no terceiro dia, já havia perdido a possibilidade de participação do certame, pois as visitas técnicas já tinham se encerrado.

Não obstante a isso, a restrição da participação de empresa que tivesse em seu quadro arquiteto também não poderia ser admitida, pois ambos os profissionais, engenheiro e arquiteto, possuem qualificação técnica para exercer o trabalho exigido no edital.

O referido edital não atendeu aos princípios basilares da Administração Pública, mormente ao princípio da igualdade de participação entre os licitantes.

A sucessão de fatos desencadeou uma Recomendação do Ministério Público Estadual da 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Miguel do Oeste, Dr. Cyro Luiz Guerreiro Junior, realizada diretamente a esta assessoria e por telefone.

Diante da situação, não restou alternativa a este ente municipal, senão a revogação e/ou anulação do Edital que antecedeu ao presente precisando ser feitas as seguintes alterações: a) mudança e ampliação dos dias de visita técnica; e, b) possibilidade da empresa apresentar CREA ou CAU.

Desse modo, a anulação é perfeitamente cabível, tendo em vista os motivos acima expostos, mormente as ilegalidades existentes.

Por outro lado, há muito se encontra pacificado o entendimento de que a Administração Pública possui o poder de rever os próprios atos, quando eivados de ilegalidade. Tal poder é chamado, doutrinariamente, de autotutela.

Esse entendimento encontra-se pacificado no Pretório Excelso, com a edição das Súmulas 346 e 473, respectivamente in verbis:

"A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos."
"A administração pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos" (...)

O poder-dever de autotutela pode ser exercido de ofício pela Administração, independentemente de provocação de quaisquer interessados, mesmo porque, constatado os vícios, tem a Administração o dever de anular seus próprios atos como guardiã que é do interesse público.

Eis os ensinamentos ministrados por nossa melhor doutrina:

"Dispondo a administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta seja relativa. Isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa." (in Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo, p. 227)

"Pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes e os inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário." (in Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo, p. 228)

Acerca da revogação e anulação da licitação, dispõe a lei nº

8.666/93:

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. A revogação se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse público" (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética - 2012, p.769).

Como prevê o artigo em questão, a autoridade pública poderá revogar o procedimento licitatório por razões de interesse público, decorrente de fato superveniente devidamente comprovado. Esse fato novo, portanto, deve contrariar o interesse principal da Administração Pública, que é atender as prerrogativas da sociedade. Tal fato macula o procedimento, contrariando o interesse público, como neste caso analisado pelo STJ:

"AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO. REQUISITOS DA MEDIDA. PERICULUM IN MORA. FUMUS BONI JURIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE PREGÃO. Os motivos que ensejaram a revogação do Pregão, no qual a requerente

havia sagrado-se vencedora, foi o de que após a realização do certame constatou-se que o preço oferecido pela requerente era superior ao praticado no mercado, motivo pelo qual, revela-se legítimo o ato revogatório porquanto fulcrado no art. 49, da Lei n.º 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 (...)", o que evidencia a ausência de *fumus boni iuris*". (STJ MC 11055 / RS ; MEDIDA CAUTELAR 2006/0006931-6 Ministro LUIZ FUX T1 – PRIMEIRA TURMA DJ 08.06.2006 p. 119 Julgamento 16/05/2006).

A anulação, por sua vez, 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.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ainda, explica que "a anulação pode ser parcial, atingindo determinado ato, como a habilitação ou classificação" (in Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo, p. 228).

Realizado edital de acordo com as Recomendações do Ministério Público e, assertivas por sinal, a empresa perdedora do certame apresenta recurso após o julgamento das propostas atacando o edital e, diga-se de passagem, ofendendo a moral das pessoas que nesta administração trabalham, pois o Recurso é manifestamente ofensivo.

Caso a Recorrente não aceitasse alguma norma contida ou que houvesse alguma irregularidade no edital, deveria ter o impugnado, o que não fez, no prazo legal.

Reza o artigo 41 da Lei n. 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Não impugnado o edital, ela faz lei entre as partes. O que ocorreu no caso em apreço.

Seguiu-se o tramite da licitação. Duas empresas se credenciaram, a empresa Recorrente e a Empresa FACILITY MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME.

Ambas as empresas foram habilitadas, pois apresentaram todos os documentos exigidos no edital. Bastavam-se abrir as propostas a fim de verificar qual foi a menor e, por via de consequência, a vencedora do certame. Saliente-se que AMBAS estavam habilitadas. O que iria definir a vencedora era a melhor proposta.

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, devendo ser 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 lhe são correlatos (Lei nº 8.666/93, no seu artigo 3º, caput).

O Edital precisa atender a legalidade. Estampa-se, sobretudo, a estreita simetria com os princípios gerais da Administração Pública, contidos no art. 37 da Constituição Federal, e especificamente, os princípios norteadores da licitação e da administração pública em geral.

Nesta esteira, leciona Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, São Paulo, Dialética, 2009, em fls 70:

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou, mais corretamente, se a administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação.

Assim, a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da Lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.

Desse modo, não há a verossimilhança do direito da Recorrente, pois se tivesse apresentado a melhor proposta, teria sido a vencedora do certame.

As mudanças do edital, recomendadas pelo Ministério Público, não prejudicaram, tão pouco restringiram a participação da Recorrente.

Alegar que houve favorecimento da empresa FACILITY MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME destoia da legalidade estampada no edital.

Cumprе ressaltar, ainda, que após o protocolo do Recurso esta signatária entrou em contato via telefônico com a assessoria do Ministério Público que solicitou que a empresa se dirigisse ao fórum que o DR. Cyro Luiz Guerreiro Junior iria atender a empresa e explicar os motivos da revogação daquele primeiro edital.

Desta feita, esta signatária ligou para a representante da empresa Talia, informando da disposição do Promotor em atendê-la. Porém em contato com a Promotoria, a visita não ocorreu.

Por fim, imperioso consignar que os entes públicos não podem contratar, diretamente com as empresas de seus gestores.

A administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro, a garantir a boa administração que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços), com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas.

A Constituição Federal inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional, a saber:

"Art. 37 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (...)."

Como não poderia deixar de ser, em face da compatibilidade vertical que deve haver entre a norma constitucional e as regras a ela subordinadas, o artigo 86 da Lei Orgânica do Município de Bandeirante dispõe que:

"Art. 86.. A administração pública direta, indireta de qualquer dos poderes do município, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade [...]."

Logo, entre outros, são estes os princípios que informam e fundamentam toda a atividade da Administração Pública.

Após fixar no artigo 37, caput, as regras basilares da Administração Pública, em todos os níveis, a Lei Maior também prevê, como forma de garantia da independência do Poder Legislativo, algumas vedações aos parlamentares, conhecidas doutrinariamente como incompatibilidades.

Estabelece o artigo 112 da Lei Orgânica Municipal:

Art. 112 – O Prefeito, O Vice-Prefeito, os Vereadores e os Servidores Municipais, não poderão contratar serviços ou vendas com o Município desde a posse, sob pena de perda do mandato:

I – firmar ou manter contrato com o Município ou com suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações ou empresas concessionárias de serviço público municipal, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

Por conseguinte, infere-se que o Administrador Público, além de obedecer à lei jurídica, deve nortear suas condutas também pela ética da própria instituição. Porquanto, ferido o princípio da moralidade pública, o ato debatido reveste-se de vício da ilegalidade.

Entretanto, não há impedimento legal para que os entes públicos contratem empresas que estas possuam vínculos empregatícios com pessoas próximas aos gestores.

Ainda, não se está contratando a pessoa física do filho do Prefeito. Apenas a empresa que venceu a licitante tem, em seu quadro de funcionários, o filho do prefeito, Maicon Berti.

Porém, referida contratação não altera em nada a situação de empregado do filho do prefeito. Não é ele sócio da empresa e nem terá privilégio pela referida contratação, tão pouco vantagem financeira. Frise-se, é apenas funcionário da empresa que venceu o certame.

Salienta-se que a lei de licitações proíbe a contratação direta de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Não há impedimento legal de contratar empresa que tenha em seu quadro funcionário que possua parentesco com servidor municipal.

Caso a recorrente tivesse apresentado a melhor proposta, teria ela sido a vencedora da licitação.

Ante ao exposto, opino pelo não acolhimento do Recurso ventilado, pelos fundamentos fáticos jurídicos supra mencionados.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Bandeirante /SC, em 26 de abril de 2016



LILIAN LIZE GABIATTI

Assessora Jurídica – OAB/SC 30.754