



À Sra. Pregoeira Oficial,

De Acordo:

Pedro Felício Estrada Bernabé
Prefeito Municipal

PARECER JURÍDICO

Trata-se de consulta encaminhada em 18/06/2013 sobre o procedimento a ser adotado em relação ao Pregão Presencial nº 160/2012, cujo objeto consiste no registro de preços de materiais de enfermagem, destinados à Secretaria de Saúde, a ser julgado pelo critério de menor preço por item.

Em 20/11/2012 foi realizada sessão para abertura das propostas apresentadas pelos interessados em disputar os objetos licitados. Na ocasião, foram declaradas vencedoras do certame as empresas Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos para Saúde Ltda. no que se refere ao item 1 (Tiras reagentes - fitas - para determinação de glicemia) e, Nacional Comercial Hospitalar Ltda. quanto ao item 2 (Seringa para aplicação de insulina de uso único).

O certame licitatório foi suspenso por decisão exarada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em 19/11/2012, nos autos da Representação TC-001275.989.12-7 formulada por Roche Diagnóstica do Brasil Ltda. A controvérsia cingia-se à legalidade da exigência de determinada tecnologia (amperométrica) quanto aos monitores de glicemia e à descrição excessiva da embalagem das tiras reagentes (fitas para medição de glicemia).

No julgamento da Representação, o Tribunal acolheu as alegações daquela empresa ao argumento de que inexistia no certame razão de ordem técnica ou econômica a justificar as especificações impugnadas. Diante disso, tornou sem efeito os atos decorrentes da realização do Pregão Presencial n.º 160/2012, determinando a correção do instrumento convocatório por esta Prefeitura.

É o relatório.

Compulsando os autos, verifica-se que, 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.

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.

De acordo com o entendimento doutrinário perfilhado por esta Secretaria,

toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) as funções atribuídas ao Estado. Assim, o 'interesse público' concreto a que se orienta a licitação se identifica como o 'fim' a ser atingido. Logo a existência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução de um fim¹.

Acerca das restrições inconstitucionais, confirmam-se os julgados transcritos na RTJ 103/933; 112/930; 115/576; 120/21; Lex STF 97/239; 97/97; Lex STJ/TRF 5/342; Revista dos Tribunais 666/80.

Diante da existência vícios no instrumento convocatório, o Tribunal "**tornou sem efeito os atos decorrentes da realização do Pregão Presencial n.º 160/2012**", determinando a adoção de providências para correção do edital.

Ora, conquanto não tenha havido impugnação no concernente ao produto constante do item 2 da Requisição n.º 139/2012, é verdade que a sessão de abertura das propostas foi invalidada pela decisão. Assim, não há falar em vencedor do certame para tal item, porquanto todos os atos realizados no procedimento licitatório perderam efeito após o julgamento da Representação.

Nessa altura do certame, a simples correção das especificação do item 1 e prosseguimento quanto ao item 2, não sanearia o processo. Isso porque, identificou-se que as exigências e especificações do objeto consignadas no edital restringiram o caráter competitivo da licitação, fato que desobedece ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CRFB/88, e nos art. 3º, caput e §1º, I e 30, § 6º, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Em caso parelho, o Tribunal de Contas da União já decidiu que:

A pacífica doutrina do Direito Administrativo, o princípio da autotutela e a Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal asseguram à Administração anular seus próprios atos, quando ilegais, demonstrada a nulidade com que foram praticados. No entanto, a possibilidade ou não da anulação parcial de determinado certame licitatório, o momento em que esta ocorreria, e a competência para a sua prática, geram alguma controvérsia na doutrina. No relatório precedente, vimos que Maria Sylvia Zanella Di

¹JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 784



Pietro admite a possibilidade de anulação parcial de um determinado ato ou fase do procedimento licitatório, a ser praticada pela comissão de licitação, mas somente antes do encerramento da fase a ser anulada e do início da fase subsequente. No entender de Lucas Rocha Furtado e José dos Santos Carvalho Filho, a autoridade responsável pela homologação pode anular o ato viciado e restituir o procedimento à comissão de licitação, para que o refaça. Admitem, portanto, a anulação parcial pela autoridade no momento da homologação, assim como Hely Lopes Meirelles, que também admite a anulação pela comissão de licitação, por ilegalidade em procedimento, em qualquer fase e a qualquer tempo, antes da assinatura do contrato. Segundo Diogenes Gasparini, a comissão de licitação pode anular o ato ou fase viciada e os atos e fases subsequentes, em qualquer fase do procedimento, enquanto a autoridade responsável pela homologação tem competência para anular a totalidade do certame no momento da homologação. **Apesar de alguns pontos divergentes na doutrina, todos os autores citados admitem, de uma forma ou de outra, a anulação parcial de um certame licitatório e o consequente refazimento de atos viciados, aproveitando-se os atos regulares praticados antes do vício identificado. Por óbvio, caso o vício atinja todos os atos constantes da licitação, necessária se faz a anulação completa, pois não haverá atos regulares aproveitáveis.** Esse posicionamento reflete o pensamento que este Tribunal vem adotando ao julgar casos concretos envolvendo os efeitos decorrentes de atos viciados identificados durante a condução de certames licitatórios, e mesmo após a sua conclusão. Para reforçar essa afirmação, trago dois recentes acórdãos, que tratam de irregularidades detectadas na fase de habilitação de licitantes, objeto específico de atenção do consulente, pelos quais este Plenário permite a continuação dos respectivos certames após sanados os vícios detectados e todos os demais atos deles decorrentes:

(...) A Sefid e o Ministério Público junto ao TCU, seguindo a jurisprudência desta Casa, entendem possível a anulação parcial, pela autoridade competente para a homologação, por vício de ato ou fase da licitação, desde que não afete a totalidade do certame. Divergem, entretanto, quanto à possibilidade de a própria comissão de licitação anular parcialmente o certame e o refazer, aproveitando os atos regulares praticados, uma vez que não há explícita previsão na Lei nº 8.666/1993, sobre competência para anulação de atos.

(...)

Da leitura das deliberações transcritas no item 6 precedente, extrai-se que este Tribunal atribui à autoridade que possui prerrogativas de nível deliberativo da instituição administrativa a responsabilidade pela anulação de atos tidos como viciados e dar continuidade ao certame licitatório, posicionamento este que vai ao encontro da manifestação do MP/TCU quanto à impossibilidade de a comissão de licitação assim proceder, excetuando-se, naturalmente, os casos nos quais haja delegação de competência da autoridade superior. **(Acórdão 1904/2008 Plenário Voto do Ministro Relator)**

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 edital do pregão presencial nº 160/2.012. Ou seja, a **anulação** do edital nº 166/2.012 (fls. 70/111), bem como dos demais atos que dele derivaram (abertura de propostas, julgamento de classificação e de habilitação), consiste, agora, em **dever da autoridade competente para homologação**, de acordo com o art. 49, *caput*, da referida lei.

² 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.



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”³.

No mesmo sentido, citam-se os seguintes excertos de jurisprudência:

Enseja a anulação do respectivo certame licitatório a descrição equivocada do objeto da licitação que possa induzir as licitantes a erro na confecção de suas propostas, bem assim se constatada a restrição ao caráter competitivo da licitação e a não-observância do princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. (**Acórdão 1474/2008 Plenário - Sumário**)

Determina-se a anulação de licitação cujo edital apresenta vícios que representam potencial restrição indevida ao caráter competitivo do certame pelo estabelecimento de critérios de pontuação de proposta técnica excessivamente restritivos e desproporcionais às características exigidas dos licitantes para a prestação dos serviços, com prejuízo ao alcance da proposta mais vantajosa para a Administração. (**Acórdão 1782/2007 Plenário - Sumário**)

Portanto, diante do panorama jurídico demonstrado, antecipando a tese fixada por esta Secretaria para os fins, inclusive, do art. 38, VI, da Lei Federal nº 8.666/93⁴, com a responsabilidade profissional⁵ e funcional inerente ao servidor público incumbido da função de prestar consultoria jurídica ao Poder Executivo do Município de Birigui, nos termos do art. 28, VIII da Lei Municipal nº 3.042/93, com as alterações da Lei Municipal nº 4.513/05, emite-se parecer com a **recomendação** de se proceder ao seguinte cronograma de atos e providências:

- 1 – Submeter o presente parecer à ratificação do Exmo. Sr. Prefeito;
- 2 – Intimar todos os licitantes de seu teor, para os fins do art. 49, §3º da Lei Federal nº 8.666/93, na forma do art. 109, §1º da referida lei⁶;

³ Resp nº 686.220, 1ª T. DJ de 04.04.200.

⁴ 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.

⁵ Art. 1º São atividades privativas de advocacia: (...) II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. (...) Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional. (...) Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância. § 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão. Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

⁶ Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: (...) c) anulação ou revogação da licitação; (...) § 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



3 – No silêncio deles, publicar a **anulação do edital do pregão presencial nº 160/2.012** (edital nº 166/2.012), bem como dos demais atos que dele derivaram (abertura de propostas, julgamento de classificação e de habilitação), nos termos do art. 49, da Lei Federal n.º 8.666/93 e Súmula 248, do E. Tribunal de Contas da União, sendo que persistindo o interesse público na consecução do objeto, recomendando-se a elaboração de novo edital, aproveitando-se os atos anteriores.

S.M.J., é o Parecer.

Birigui, 19 de junho de 2.013.

GLAUCO PERUZZO GONÇALVES

Secretário de Negócios Jurídicos
OAB/SP nº 137.763

ANA CAROLINA ERNICA DE SOUZA

Portaria n.º 89/2013
Diretora de Licitações e Contratos
OAB/SP nº 313.979