



Ao(À) Sr(a). Pregoeiro(a) Oficial.



PARECER JURÍDICO

Trata-se de solicitação de parecer encaminhada em 22/10/2013, no período vespertino, acerca das providências a serem tomadas em relação aos documentos juntados nas fls. 167, 168 e 180 dos autos do Pregão Presencial nº 59/2013.

Os documentos em questão consistem em procurações e substabelecimento. A dúvida sobre eles reside no fato de **duas empresas estarem representadas pelo mesmo procurador** na sessão do pregão. Essa circunstância foi identificada quando da elaboração das atas oriundas do referido processo licitatório.

Constatou-se que aquelas duas empresas formularam propostas, ao mesmo tempo, para os itens 07, 08, 09, 10, 11, 31, 32, 33 e 47.

É o relatório.

Verifica-se que o procedimento transcorreu de acordo com o parecer da fl. 72, contudo, sobreveio-lhe circunstância prejudicial ao seu regular desenvolvimento, atribuível exclusivamente à realidade das licitantes. Porque, tal como se depreende do conteúdo do documento relatado, existe **vínculo subjetivo** entre elas.

Para melhor entendimento do assunto, cita-se doutrina jurídica perflhada por essa Secretaria:

"5.7. Existência de Vínculo Subjetivo entre os Concorrentes em Detrimento dos Princípio da Isonomia e da Competitividade

Além de identificar o candidato habilitado a adimplir o objeto do futuro contrato e selecionar a proposta mais vantajosa à administração, é imperativo que a licitação preserve a igualdade entre os concorrentes e os demais princípios específicos que devem reger o certame, conferindo concretude ao mandamento insculpido no art. 37, XXI, da Constituição e refletido no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Assim, importará em violação ao princípio da isonomia entre os licitantes, cuja observância e preservação afiguram-se cogentes à administração, a participação no certame de pessoas jurídicas aparentemente dotadas de individualidade própria, mas que, em verdade, possuam um controlador



comum.

A existência do vínculo será igualmente clara quando a mesma pessoa exercer a gerência das empresas ou assumir a responsabilidade técnica de todas. Nestes casos, a autonomia da vontade de tais empresas será tão somente aparente, já que estas não passam de meros instrumentos a serviço de uma única e uniforme manifestação volitiva.

Tal expediente possibilitará que uma única pessoa apresente diferentes propostas com o simultâneo conhecimento do teor de todas elas, o que, além de permitir a participação múltipla no certame, violará o sigilo das propostas e comprometerá a competitividade e a igualdade entre os licitantes, os quais concorrerão com uma única proposta.

Caso a situação de fato apresente aparente harmonia com a previsão normativa, a adequação formal não impedirá a formação de um juízo de reprovabilidade em relação ao resultado ilícito pretendido e eventualmente obtido, sendo certo que as exigências de ordem formal visam, em essência, à preservação do resultado pretendido, não sendo a forma um fim em si mesma.

(...) Descoberto o engodo na fase de habilitação, as empresas em conluio haverão de ser impedidas de participar do certame. Identificada a fraude posteriormente, a eliminação, acaso não ultimado o procedimento, ou mesmo a declaração de nulidade do contrato celebrado, será a solução adequada.

Ainda que as empresas em conluio apresentem a melhor proposta, tal não terá o condão de convalidar o vício, pois além de selecionar a proposta mais vantajosa, a licitação visa assegurar a concreção do princípio da isonomia.

(...) E, ainda, essa conduta será passível de configurar as infrações penais tipificadas nos arts. 90 e 94 da Lei nº 8.666/1993.¹

A lição teórica acima deve ser aplicada com ponderação ao caso prático sob consulta. Afinal, no âmbito de um processo administrativo licitatório, não há como investigar ou julgar se houve ou não dolo (intenção) de fraudar o certame, pois tal julgamento não figura entre as atribuições do pregoeiro². Além disso, a Administração Pública e seus agentes estão obrigados a observar o direito fundamental à presunção de inocência³.

Todavia, conforme o art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93⁴, a Administração Pública tem o dever de anular o procedimento por ilegalidade. Mais ainda, segundo os parágrafos desse dispositivo, a nulidade do procedimento induz à do contrato. Tal dever é reforçado por interpretação indicada em precedente do STJ, segundo o qual a "Administração Pública, constatando vícios de qualquer natureza em procedimento

¹ GARCIA, Emerson e outro. Improbidade Administrativa. 5ª. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 435-437.

² Art. 3º (...) IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴ 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.



licitatório, tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade⁵

O vício identificado motivou a presente consulta tão logo se teve conhecimento dele. A natureza dele se atribui ao vínculo subjetivo entre licitantes. A propósito, também de acordo com doutrina jurídica perflhada por essa Secretaria, acrescenta-se que "o Direito Administrativo também disciplina a conduta de particulares, enquanto em relação com o Estado. Assim, por exemplo, a conduta dos licitantes, ao longo de uma licitação, também é assujeitada ao Direito Administrativo"⁶.

Dessa maneira, como a licitação visa não só a seleção de proposta mais vantajosa, mas também a concretização da **isonomia**, a participação de licitantes com o vínculo subjetivo demonstrado, no caso concreto, terá por consequência a nulidade do contrato que por ventura venha a ser firmado em virtude desse procedimento, porque não há como se atestar que tais licitantes estejam atuando em franca concorrência, nem tão pouco que as demais licitantes, sem vínculo, tenham participado do procedimento em perfeitas condições de igualdade.

Assim, prosseguir com o certame, registrando o preço resultante de aparente competição entre as licitantes subjetivamente vinculadas acarretará a nulidade do contrato dele resultante. Além disso, também não se pode atestar a vantajosidade dos preços licitados em tais condições. Pois, embora os preços se revelaram dentro da média orçada, conforme planilha das fls. 27/29, a Administração Municipal não esgotou a possibilidade de economia, afinal outras empresas poderiam ter passado para a fase de lances. Não há, portanto, como contestar a possibilidade de o vício em questão ter servido como obstáculo para lograr uma maior vantajosidade.

Nesse sentido, o prosseguimento do certame em tais condições também configurará violação ao art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, bem como o ilícito tipificado no art. 10, VIII, da Lei Federal nº 8.429/92⁷. Em consequência, o contrato será igualmente nulo, por força do art. 49, §2º da Lei Federal nº 8.666/93, já que os documentos sob consulta provam haver vínculo subjetivo entre as licitantes, que prejudica o caráter competitivo do julgamento da classificação e oferta de lances, mais especificamente.

Essa conclusão é reforçada por casos que foram objeto de julgamento no TCU, conforme exemplificam excertos transcritos a seguir:

Verifique, ao realizar licitações, junto aos sistemas Sicaf, Siasg, CNPJ e CPF,

⁵ Resp nº 686.220, 1ª T. DJ de 04.04.200.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 646.

⁷ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;



estes dois últimos administrados pela Receita Federal, o quadro societário e o endereço dos licitantes com vistas a verificar a existência de sócios comuns, endereços idênticos ou relações de parentesco, fato que, analisado em conjunto com outras informações, poderá indicar a ocorrência de fraudes contra o certame. **Acórdão 2136/2006 Primeira Câmara**⁸

O TCU chamou em audiência gestor público pela ausência de competição em licitação realizada, materializada pela existência, nas empresas participantes da licitação, de relação de parentesco entre os sócios e de sócios em comum, com indício de simulação licitatória, fraude e violação ao sigilo das propostas, em detrimento dos princípios da moralidade, da igualdade e da probidade administrativa, consubstanciados nos arts. 3º, caput e § 3º; 22, §§ 3º e 7º; e 94 da Lei nº 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal. **Acórdão 673/2008 Plenário**⁹

Em virtude de fraude comprovada à licitação praticada pela licitante vencedora e já contratada, o Tribunal determina a anulação do contrato e declara a inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública por um período de até cinco anos. **Acórdão 2859/2008 Plenário (Sumário)**¹⁰

Deve ser declarada a nulidade de licitação cujo vencedor utilizou-se de meios fraudulentos. **Acórdão 928/2008 Plenário (Sumário)**

Fixa-se prazo para anular a licitação quando os vícios apurados comprometem o caráter competitivo do certame e representam grave infringência a dispositivos legais. **Acórdão 800/2008 Plenário (Sumário)**¹¹

Por outro lado, a anulação do certame inteiro seria medida desproporcional ao enfrentamento da situação relatada, porque, não fosse a participação de licitantes com o vínculo subjetivo identificado, a licitação teria se desenvolvido sem maiores impedimentos. Portanto, é recomendável a anulação do julgamento de classificação e oferta de lances dos itens 07, 08, 09, 10, 11, 31, 32, 33 e 47, no qual a participação de empresas com aquele vínculo prejudicou, objetivamente, a regularidade da classificação e atos subsequentes, aproveitando-se, os demais atos e prosseguindo com a assinatura das atas em que os preços dos demais itens foram registrados.

Enfim, conforme ponderada acima, embora no âmbito de processo licitatório, não possa a Administração Pública concluir pela existência da intenção de praticar conduta vedada na legislação penal, em razão dos arts. 101 e 102 da Lei Federal nº

⁸BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 452.

⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 36.

¹⁰BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 547.

¹¹BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 548.



8.666/93¹², ela tem o dever de levar os respectivos indícios ao conhecimento da autoridade competente, segundo doutrina jurídica perflhada por essa Secretaria, cujas lições são transcritas abaixo:

"1) Comunicação da ocorrência

Sempre que existirem indícios da prática dos crimes definidos na Lei nº. 8.666/93, os agentes da Administração Pública terão o dever de levar os fatos ao conhecimento da autoridade competente. (...)

(...)O dispositivo seria desnecessário, pois expressa um princípio inerente à atividade desenvolvida pelos servidores públicos. O dever exposto no art. 102 recai não apenas sobre as pessoas ali indicadas. Não é necessária comprovação de crime. Basta a presença de indícios. Caberá ao Ministério Público definir se a documentação é suficiente para promover a denúncia ou se será necessária maior investigação sobre os fatos."¹³

Portanto, diante do conteúdo da documentação encaminhada e do panorama jurídico demonstrado, antecipando a tese fixada por esta Secretaria para os fins, inclusive, do art. 38, PU da Lei Federal nº 8.666/93¹⁴, com a responsabilidade profissional¹⁵ 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, II e 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 conforme o 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

¹²Art. 101. Qualquer pessoa poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência. Parágrafo único. Quando a comunicação for verbal, mandará a autoridade reduzi-la a termo, assinado pelo apresentante e por duas testemunhas.

Art. 102. Quando em autos ou documentos de que conhecerem, os magistrados, os membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes verificarem a existência dos crimes definidos nesta Lei, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

¹³JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 878-879.

¹⁴ 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 inexistência; (...) 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.

¹⁵ 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 dolo temerário, 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.



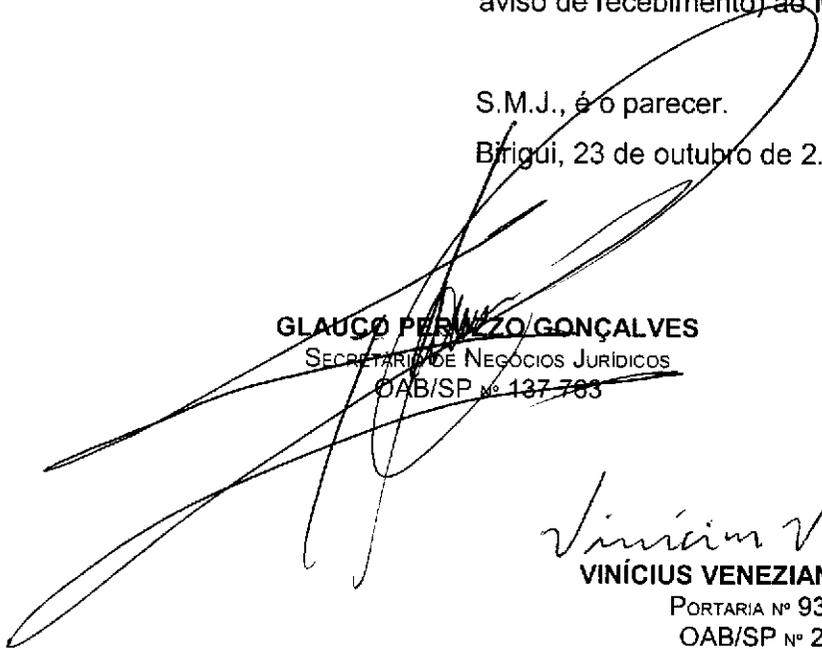
da Lei Federal nº 8.666/93;

3 – No silêncio deles, publicar a anulação do julgamento de classificação e oferta de lances dos itens 07, 08, 09, 10, 11, 31, 32, 33 e 47, aproveitando-se os demais atos;

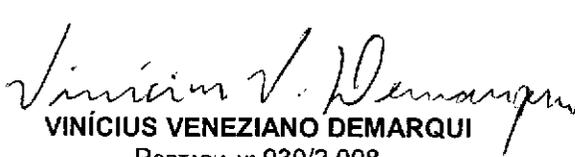
4 – Extrair cópia integral dos autos, bem como desse parecer (acaso ratificado) e atos de anulação subsequentes, para envio (protocolo ou aviso de recebimento) ao Ministério Público.

S.M.J., é o parecer.

Birigui, 23 de outubro de 2.013.


GLAUCIO PERAZZO GONÇALVES
SECRETARIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
OAB/SP nº 137.763


JULIANA MARIA SIMÃO SAMOGIN
PROCURADORA GERAL
OAB/SP nº 164.320


VINÍCIUS VENEZIANO DEMARQUI
PORTARIA nº 930/2.008
OAB/SP nº 267.002

Ao
Prezeiro p/ Providências
Anulaçã, conforme Parecer.


Marco Aurélio Ferrina Lopes
Chefe de Seção de Licitações
Secretaria de Birigui - SP
29/10/13