



Ao Ilustríssimo Senhor Chefe da Seção de Licitações,

De Acordo: 
Pedro Felício Estrada Bernabé
Prefeito Municipal

PARECER JURÍDICO Nº 727/2015/DLC/SNJ

Trata-se de consulta encaminhada em 23/12/15 sobre o procedimento a ser adotado em relação a Concorrência Pública nº 09/2015, cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada para a execução da obra de recapeamento asfáltico do tipo CBUQ (Concreto Betuminoso Usinado a Quente) em ruas do bairro Thereza Maria Barbieri, com fornecimento de mão de obra, materiais, conforme especificações editalícias.

O certame licitatório em questão se encontraria na sua fase de expedição de ordem de serviço, não fosse que, por condução irregular do julgamento de habilitação e das propostas comerciais, o recurso interposto por EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS PIRÂMIDE LTDA não fora apreciado.

Consta, nos autos, deliberação do Ilmo. Sr. Chefe da Seção de Licitações, atestando que a tempestividade do recurso protocolizado em 17/12/2015, cujo encaminhamento àquela seção ocorrera na presente data, isto é, 23/12/2015 às 09 horas e 15 minutos. Aduziu que “a abertura dos envelopes propostas ocorreu no dia subsequente ao término do prazo para eventual recurso ao julgamento de habilitação, ou seja, dia 18 de dezembro”. Por fim, esclarece que “(...) o prosseguimento a licitação somente ocorreu em vista ao não protocolo ou encaminhamento de quaisquer documento ao Processo em questão junto à Seção de Licitações até a data limite” (sic).

É o relatório.

A revisão recursal é um instrumento de controle administrativo e significa a possibilidade de eventuais interessados se insurgirem formalmente contra certos atos da Administração, requerendo a reforma de determinada conduta.



Tem seu fundamento na contingência humana, na falibilidade da inteligência, da razão e da memória do homem. Destina-se, pois, a sanar os defeitos graves ou substanciais da decisão, a injustiça da decisão, a interpretação e aplicação errônea da lei ou da norma jurídica (NUCCI, p. 886).

Por este motivo, nenhum ato pode ficar imune aos necessários controles institucionais. Pelo contrário, a Administração tem a obrigação de revê-los quando eivados de nulidade. Assim, esta forma de controle interessa não só ao recorrente, que deseja ver alterado um ato administrativo, como a própria Administração, que deve ter interesse em averiguar todas as razões trazidas pelo recorrente, impugnando a atuação administrativa (CARVALHO FILHO, p.818).

Ademais, está psicologicamente demonstrado que o administrador se cerca de maiores cuidados no julgamento ou edição de um ato administrativo quando sabe que sua decisão poderá ser revista por um órgão superior (GRINOVER, p. 74/75).

Com efeito, o texto do art. 5º, LV¹, da Constituição Federal deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. As hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito de defesa (CARVALHO FILHO, p. 818).

Neste sentido, o Duplo Grau na esfera Administrativa trata-se de garantia individual, prevista implicitamente na Constituição Federal, voltada a assegurar que as decisões proferidas não sejam únicas, mas sim submetidas a um juízo de reavaliação por um agente/órgão superior. Conforme já se disse, é a própria estrutura da Administração e do Judiciário na Constituição Federal, dividindo-os em órgãos hierarquizados, que possibilita ao interessado requerer a reapreciação dos atos administrativos por autoridade ou órgão superior.

No caso submetido à apreciação desta Secretária, embora seja possível aferir a lisura empregada na condução do certame, denota-se que a ausência de comunicação entre os órgãos desta Prefeitura engendrou o julgamento irregular, face ao desrespeito ao art. 109, inciso I, alínea "a", da Lei n.º 8.666/93:

DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

¹ Art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;



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;

Diante de problemas como o relatado, a recomendação do TCU, frente a seus jurisdicionados, tem sido a seguinte:

A fase de recursos não é de interesse apenas daqueles que estão na disputa. É principalmente do interesse público que os participantes tenham todas as condições necessárias para bem formular suas argumentações contra o julgamento, para, assim, possibilitar a Administração enxergar e sanear eventuais falhas, chegando, ao fim, a proposta que lhe for mais vantajosa. **Acórdão 1488/2009 Plenário (Voto do Ministro Relator)**

Logo, a não apreciação do recurso interposto macula o processo licitatório com vício de legalidade, pois a habilitação, a adjudicação e consequente homologação sob análise não se coadunam com a legislação vigente. Aliás, a indevida habilitação de licitantes e a não apreciação de recursos pela autoridade administrativa competente pode fundamentar a aplicação de multa aos gestores. Nesse sentido, cita-se o seguinte excerto de jurisprudência:

“A indevida inabilitação de licitante em procedimento licitatório realizado no âmbito de instituição federal enseja a rejeição das razões de justificativa e a aplicação de multa aos gestores.”

Acórdão 1043/2009 Segunda Câmara (Sumário)

“Art. 109. (...)”

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade (...)”.

Tal orientação jurisprudencial nada mais concretiza do que o já citado art. 109, I, alínea “a” da Lei Federal nº 8.666/93. No caso sob consulta, sua interpretação conduz à prevenção da prática de conduta que macule à garantia ao



devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório e ao duplo grau², conforme ementas de precedentes a seguir:

STJ – MS 15315 DF 2010/0092668-6. Rel. Min. Humberto Martins. j. 28/09/11. S1 – Primeira Seção. DJe 04/10/2011.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES. ART. 109, § 2º DA LEI N.8.666/93. EFEITO SUSPENSIVO DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DAINABILITAÇÃO DA CONCORRENTE. NORMA COGENTE. 1. Cuida-se da mandado de segurança impetrado por empresa inabilitada em processo licitatório na modalidade concorrência, coma adjudicação do objeto licitado à segunda colocada, não obstante apendência no julgamento do pedido de reconsideração por ela formulada. 2. Determina o art. 109, § 2º, da Lei n. 8.666/93 que o pedido de reconsideração da habilitação ou inabilitação do licitante "terá efeito suspensivo". 3. "In casu", é inequívoco que a habilitação da segunda colocada ocorreu antes do julgamento do pedido de reconsideração, situação que torna patente a violação do direito líquido e certo da impetrante. de segurança concedido.

TRF-2 - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA REOMS 36635 RJ 2000.02.01.052889-8 (TRF-2)

Data de publicação: 01/09/2005

Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO NÃO APRECIADO. ART. 109 DA LEI 8.666 / 93. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. 1) A não submissão de recurso administrativo às instâncias administrativas superiores constitui ato ilegal, por incompatibilidade com o disposto no artigo 109 da Lei 8.666 / 93 e com o princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF). 2) Portanto, válido o certame licitatório até a fase de habilitação, devendo a partir da fase subsequente (julgamento) ser anulado, a fim de se examinar recurso interposto pela impetrante. É imperiosa tal providência, na medida em que, caso a mesma logre êxito com o recurso interposto, haverá modificação do julgamento. 3) Nego provimento à remessa necessária.

²Art. 5º, LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal";

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;



Desse modo, a solução para evitar que o referido vício (não apreciação de recurso interposto tempestivamente) contamine as contratações dele derivadas, por consequência do art. 49, §2º da Lei Federal nº 8.666/93³, consiste na anulação da Concorrência Pública a partir da fase de habilitação, a fim de que seja apreciado o recurso interposto por quem de direito, ressaltando a obrigatoriedade de abertura de prazo para contrarrazões. Tal providência, consiste, agora, em **dever da autoridade competente para homologação**, de acordo com o art. 49, *caput*, da referida lei.

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 – No silêncio deles, publicar a **anulação da Concorrência Pública** nº

³ 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.

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 inexistência;

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 comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.




09/2015, isto é, dos atos efetivados após a fase de habilitação, nos termos do art. 49, da Lei Federal n.º 8.666/93;

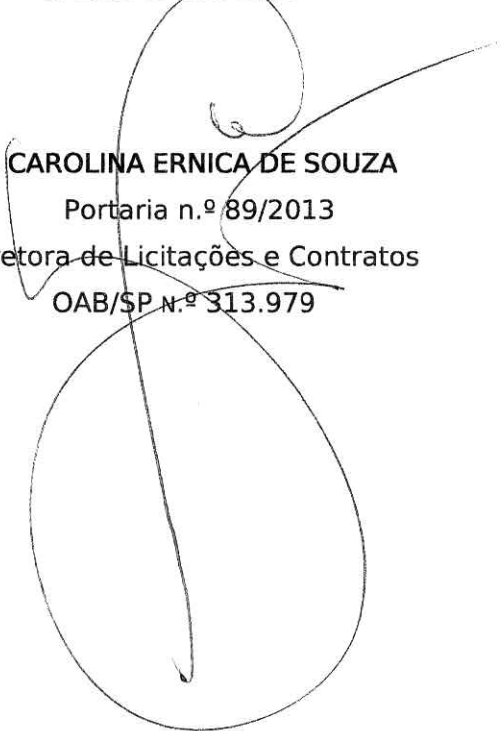
4 – Proceder a apreciação do recurso interposto, conforme art. 109, da Lei Federal n.º 8.666/93.

S.M.J., é o Parecer.

Birigui, 23 de dezembro de 2.015.

GLAUCO PERUZZO GONÇALVES
SECRETÁRIO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
OAB/SP Nº 137.763


JULIANA MARIA SIMÃO SAMOGIN
PROCURADORA GERAL
OAB/SP Nº 164.320


ANA CAROLINA ERNICA DE SOUZA
Portaria n.º 89/2013
Diretora de Licitações e Contratos
OAB/SP Nº 313.979