

Parecer nº 2707-005/2022-AJM

**EMENTA: LICITAÇÃO –
MODALIDADE PREGÃO
ELETRÔNICO – DECLARAÇÃO
FALSA – FRUSTRAÇÃO DO
CARÁTER COMPETITIVO DO
CERTAME.**

Vem, à esta Assessoria Jurídica, solicitação da Excelentíssima Senhora Pregoeira para análise acerca da possibilidade de se anular o certame por frustração do caráter competitivo, em razão da declaração falsa de uma empresa que acabou ser enquadrar, irregularmente, como MPE.

Tal fato gerou uma vantagem indevida na fase de lances que, conseqüentemente, dificultou a obtenção da finalidade de um processo licitatório, que é a busca pelo melhor preço. Impossibilitou-se a real existência de um empate ficto, por exemplo, o que necessariamente, poderia significar uma melhor proposta financeira nos itens.

Da mesma forma, seguindo a linha de que a nulidade apenas ocorre na inequívoca existência de prejuízo, a participação da empresa Rocha Engenharia na fase de lances como MPE gerou desequilíbrio na disputa, impossibilitando à Administração de buscar a melhor proposta, aplicando-se, por exemplo, eventual empate ficto com lance de desempate.

Tal fato deve impor, à Administração, a anulação parcial deste processo Licitatório, pela irregularidade da declaração falsa de MPE da Licitante Rocha Engenharia LTDA, posto que gerou danos à possibilidade de se obter a proposta mais vantajosa.

O Art. 49 da Lei nº 8.666/1993 assim dispõe:



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.

No que tange à nulidade dos atos administrativos, o entendimento majoritário é que defeitos sanáveis que não tenham acarretado lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiros, podem ser convalidados pela Administração. O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:

3. Atos administrativos contendo defeitos sanáveis que não tenham acarretado lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros poderão ser convalidados pela Administração (Acórdão 701/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:

Resta, por fim, analisar as consequências da declaração de nulidade do certame relativamente aos contratos já celebrados, em face do disposto no § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993: *“a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”*, que preceitua que *“a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”*.

2. Quanto a este tema, registro que, em regra, o ato eivado de ilegalidade deve ser excluído da ordem jurídica, por ser com ela incompatível. A moderna doutrina administrativista em torno da teoria das nulidades, no entanto, tem admitido a preservação dos efeitos de atos administrativos ilegais quando o seu desfazimento estiver em desacordo com o interesse público subjacente à prática do ato. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho de artigo escrito por Adilson Abreu Dallari já mencionado no presente voto, que, por mencionar importantes doutrinadores nacionais, mostra-se digno de registro:

“A doutrina nacional no mesmo sentido é copiosa, conforme se passa a demonstrar, a começar pelo magistério de SEABRA FAGUNDES, do alto de sua reconhecida autoridade jurídica e moral: ‘A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.’ SEABRA FAGUNDES (‘O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário’, 6ª ed., Editora Saraiva, 1994, pág. 39 e 40).

Obviamente, nem sempre um ato viciado pode ser mantido. A regra é no sentido de que não o seja. Mas, diante de certas circunstâncias, atendidas determinadas condições, que são expostas por MARCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS (‘Revogação e



anulação no procedimento licitatório', in 'Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos', Forense Universitária, São Paulo, 1995, p. 139), não há razão para, inexoravelmente, automaticamente, desconstituir o ato praticado:

'Convém observar, por fim, que os conceitos de atos nulos e anuláveis extraídos do direito civil não se aplicam, na íntegra, ao direito administrativo. Em razão de tal circunstância, **um ato mesmo ilegal, poderá ser mantido se: a) a sua anulação for mais prejudicial ao interesse público que sua manutenção (ou convalidação); e b) não decorrer de dolo, nem causar prejuízo ao erário ou a terceiros**'.

Na verdade, **a decisão de anular ou manter o ato maculado por vício formal vai depender do exame aprofundado de cada caso concreto, mas, sempre, em função da melhor forma de satisfazer o interesse público**:

'Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, **é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato**'. (ODETE MEDAUAR, 'Direito Administrativo Moderno', RT, São Paulo, 1996, pág. 180).

Até mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ('Curso de direito Administrativo', 13ª ed., 2001, Malheiros Editores, p. 419), cuja reverência ao princípio da legalidade é deveras conhecida, não hesita em afirmar que, em certas circunstâncias, é a manutenção do ato viciado que serve para dar aplicação concreta a esse princípio: 'Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida. Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidamento dos atos inválidos'.

Uma das primeiras e mais vigorosas manifestações nesse sentido, e que já se tornou clássica, também pela reconhecida autoridade de seu eminente autor, que soube magistralmente proceder a um contemperamento de princípios jurídicos, extraído daí um dever de não anular, é a seguinte:

'É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existem quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido'. (ALMIRO DO COUTO E SILVA, 'Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo', RDP 84, outubro-dezembro de 1987, p. 61).

PAULO NEVES DE CARVALHO, ('Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação', Boletim de Direito Administrativo, nº 10, p. 651) de maneira direta e objetiva, salienta que o norte, para a tomada de decisão, há de ser sempre o interesse público:



‘Uma das idéias mais importantes é a de que na avaliação dos fatores da nulidade, na avaliação do ato administrativo, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público.’

(...)” (in Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006 – grifou-se).

3. Esta Corte de Contas também já se debruçou sobre o tema, autorizando a continuidade da execução de contrato administrativo já celebrado oriundo de licitação em que se verificou a ocorrência de violação a cláusula do edital referente à qualificação econômico-financeira da licitante. Trata-se do Acórdão nº 1.102/2008-TCU-Plenário, de cuja ementa se extrai o seguinte:

“REPRESENTAÇÃO. CERTAME LICITATÓRIO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE LICITANTE. CONTRATO SUBSEQÜENTE JÁ EM FASE DE EXECUÇÃO HÁ VÁRIOS MESES. ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO. ANULAÇÃO NÃO RECOMENDADA. AUTORIZAÇÃO PARA CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL EM CARÁTER EXCEPCIONAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

1. Em caráter excepcional, autoriza-se a continuidade da execução do contrato objeto da representação examinada, em face das circunstâncias especiais que justificaram sua celebração e que desaconselham sua anulação.

2. Reconhece-se aqui o atendimento ao interesse público, tendo em vista o princípio da convalidação do fático, a tutela da boa-fé, os princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da razoabilidade, a inexistência de dano ao erário e o princípio da economicidade.”

4. Nos presentes autos, quando da concessão da medida cautelar em 16 de julho de 2013, a CODEVASF, em 28 de maio de 2013, já havia homologado o resultado final do Pregão Presencial nº 25/2013 e adjudicado o objeto correspondente aos itens 1 e 2 à empresa Hydrostec Tecnologia e Equipamentos Ltda., tendo celebrado o contrato correspondente em 16 de julho de 2013, mesma data em que foi proferida a medida cautelar determinando a suspensão do andamento das contratações decorrentes do Pregão Presencial nº 25/2013. Impõe-se, assim, que se exerça o juízo acerca da continuidade do contrato celebrado ou da declaração de sua nulidade, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993.

5. Nesse sentido, diante dos elementos constantes dos autos, bem como da manifestação da unidade técnica, **entendo que o interesse público estará melhor atendido caso se declare a nulidade do contrato nº 0.086.00/2013 celebrado entre a CODEVASF e a empresa Hydrostec Tecnologia e Equipamentos Ltda., nos termos do disposto no § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993, pois não há nada que autorize, de forma excepcional, a continuidade do contrato celebrado, que sequer se iniciou em virtude da medida liminar concedida.**

6. De resto, entendo não estar caracterizada nos presentes autos a irregularidade relativa à violação do disposto no *caput* do art. 20 da Lei nº 8.666/1993, o qual prescreve que *“as licitações serão efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado”*. É que a opção pela realização do pregão presencial em Brasília/DF em vez de Petrolina/PE foi adequadamente justificada pela CODEVASF, da seguinte forma: *“com relação ao fato de a Codevasf ter realizado a*



presente licitação em Brasília e não em Petrolina, isto visa garantir uma melhor avaliação das propostas, pois na SEDE está um respeitado corpo técnico, composto por diversos engenheiros, muitos deles especialistas nestes bens e podem compor as comissões de licitação para efetuarem esta análise técnica. Além disso, acredita-se que Brasília como Capital é um ponto mais bem localizado e de melhor acesso para empresas de todo o País.”.

7. Por fim, acolho a proposta da unidade técnica relativamente à audiência dos responsáveis pela realização injustificada do pregão presencial no âmbito da CODEVASF e à eventual responsabilização dos agentes por eventuais prejuízos causados em decorrência da anulação do Pregão Presencial nº 25/2013 e do contrato nº 0.086.00/2013. (Acórdão 2.789/2013, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Portanto, a nulidade pode ser declarada. No entanto, os efeitos do ato ilegal podem ser preservados quando o seu desfazimento estiver em desacordo com o interesse público subjacente à prática do ato.

No caso em apreço, deve-se anular toda a sessão, posto que a fase de lances restou prejudicada em razão da declaração falsa apresentada pela Licitante Rocha Engenharia.

Desta forma, recomenda-se o reinício da sessão, devendo os licitantes apresentar novas propostas de preços e, também, de habilitação jurídica.

ANTE O EXPOSTO, RECOMENDA-SE A ANULAÇÃO PARCIAL DO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 038/2022 COM REINÍCIO DA SESSÃO, NOS TERMOS ESPECIFICADOS NO PARECER JURÍDICO.

É o parecer, S.M.J.

Altamira (PA), 27 de julho de 2022.

Ely Benevides de Sousa Neto
Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502

