

PARECER JURÍDICO

Processo Administrativo nº 053/2023

Pregão Eletrônico nº 019/2023

Objeto: Análise do Edital e Recurso Administrativo.

1. Relatório.

Preliminarmente, cabe destacar que o Processo Licitatório em questão teve todos seus atos devidamente publicados, em perfeita sintonia com os ditames legais.

Vale ressaltar que o processo licitatório em questão, na Modalidade Pregão Eletrônico nº 019/2023, encontra-se em fase de decisão administrativa em razão de recurso interposto na própria sessão pública do mencionado pregão eletrônico.

Ocorre que, a executiva do setor de licitação submeteu o mencionado processo para esta Assessoria Jurídica para que houvesse análise e manifestação acerca do recurso apresentado pela empresa Graphel Gráfica e Editora Lages Ltda.

Contudo, compulsando aos autos, constata-se especificamente no tópico concernente ao seu objeto, a aglutinação dos serviços gráficos e de comunicação visual em um mesmo lote, sem qualquer justificativa, o que fere o art. 23 §1º da Lei Federal 8.666/3 e o princípio da competitividade.

Desta forma, tendo em vista que a Administração Pública deve atuar em prol do interesse público, primando pela observância aos princípios que norteiam o processo licitatório e a fim de evitar qualquer ocorrência que possa ensejar futuros vícios no certame, viemos fundamentar a necessidade de anulação da presente licitação.

2. Das considerações necessárias

Inicialmente, cumpre destacar que a presente manifestação expressa posição opinativa sobre o certame, não representando prática de ato de gestão, mas sim uma aferição técnico-jurídica que analisa os aspectos de legalidade nos termos da Lei nº 8.666/93, aferição que não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão do administrador, em seu âmbito discricionário.

Nota-se que em momento algum, se está fazendo qualquer juízo de valor quanto às razões da secretaria solicitante para a aglutinação dos itens em apenas um lote, até porque tal questão está afeta ao mérito administrativo, sobre o qual somente este tem ingerência.

A análise aduzida neste parecer obedece aos requisitos legais para a prática do ato em questão, isto é, se o mesmo detém as formalidades prescritas ou não defesas em Lei, para que a contratação tenha validade e eficácia.

Passamos a análise:

3. Da Análise Jurídica - Necessidade Econômica e Técnica para divisão do objeto.

Visando a um melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade (sem a perda da economia de escala) o parágrafo 1º do art. 23 da Lei Federal nº 8.666/1993 dispõe:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. (Grifou-se)

Destaca-se que esta regra tem o objetivo de proporcionar a ampla concorrência, aumentando a competição e dividindo os serviços no maior número possível de contratações que permitam atrair mais competidores habilitados em cada especialidade a prestar o serviço.

Para Marçal Justen Filho¹, evidenciando a obrigação de fracionamento a fim de ampliar a competitividade, tem-se o seguinte:

O art. 23, §1º, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes).

Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única. (Grifou-se)

Logo, ao não atender tal regramento, incorre-se em afronta direta ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93 e ao art. 37, caput, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, que assim versam, respectivamente:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será 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 lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifou-se)

Tem-se ainda a Súmula do TCU:

SÚMULA Nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.366.

unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (Grifou-se)

Tal entendimento sumulado ressalva que a regra de parcelamento do objeto não se aplica caso resulte em prejuízo para o conjunto ou complexo ou em perda da economia de escala. Portanto, o grau de aglutinação na contratação dos serviços deve ser objeto de estudo prévio, no sentido de encontrar-se a solução mais eficiente para a boa gestão dos recursos públicos, o que não foi verificado no presente caso.

Assim, do ponto de vista da contratação há dois serviços distintos, quais sejam: serviços gráficos e de comunicação visual.

Sendo assim, o solicitante ao não realizar o parcelamento dos serviços, incorre em condições que inibem a participação de empresas, de modo que, nem sempre uma empresa que fornece serviços gráficos, fornece serviços de comunicação visual, e vice e versa. Prova disso, é que em análise aos documentos juntados aos autos pela empresa vencedora, essa não possui em seu ramo de atividade serviços gráficos.

Logo, da forma como está definido o objeto, sem a separação em lotes para cada serviço, houve uma redução dos possíveis participantes em potencial da licitação, pois estes necessitam de expertise em um objeto mais amplo.

Em razão do acima exposto, opino pela necessidade de anulação do presente processo licitatório, para adequação dos itens, com elaboração de novo certame.

A respeito do tema anulação, é importante destacar que a Administração exerce poder administrativo sobre os seus atos, o que caracteriza princípio administrativo da autotutela administrativa. Esse instituto foi firmado legalmente por duas súmulas, senão vejamos:

Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal – “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – “A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

A revogação e a anulação de um processo licitatório estão previstas no artigo 49 da Lei 8.666/93, abaixo transcrito:

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.”²

No caso em debate após a abertura da licitação, foram observadas inconsistências de ordem técnica e jurídica, ou seja, não obedecem as diretrizes prevista na Lei nº 8.666/93, possuindo vício de legalidade.

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.

Sendo assim, opino pela necessidade de anulação do presente processo licitatório, para adequação dos itens, com elaboração de novo certame, contudo, tal decisão caberá a Autoridade Superior.

4. Conclusão.

Por todo o exposto, destacado o caráter meramente OPINATIVO do presente parecer, considerando os princípios norteadores da administração pública, os quais devem ser considerados, sempre respeitando a discricionariedade e conveniência da administração pública, opino pela anulação do Processo Licitatório nº 053/2023 – Pregão Eletrônico nº 019/2023, para adequação dos itens, com elaboração de novo certame.

Imprescindível destacar que o presente parecer não vincula a decisão de Autoridade Superior acerca da conveniência e oportunidade do ato de anulação da licitação, apenas contextualiza fática e documentalmente com base no ora carreado a este processo fazendo um paralelo com as disposições da lei acerca do tema em análise. Contudo, vem a somar a fim de fornecer subsídios à Autoridade Administrativa Superior, a quem cabe à análise desta e a decisão pela anulação.

Importante ainda destacar que para a anulação antes da homologação da licitação é desnecessária a observância do contraditório e ampla defesa.

Em caso de manutenção da decisão de prosseguimento do feito, os autos devem ser encaminhados ao Pregoeiro municipal para análise e julgamento do recurso apresentado, não cabendo a essa Assessoria adentrar no mérito de suas decisões.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Otacílio Costa/SC, 24 de julho de 2023.

LEDIANE KAROLINE DE SOUZA
OAB/SC 36.507
ASSESSORA JURÍDICA – SETOR DE LICITAÇÕES

² JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000. pág. 480.