



DECISÃO EM PROCESSO LICITATÓRIO

– Concorrência Pública n. 05/2023 –

Ementa: CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 05/2023. INABILITAÇÃO DE EMPRESA LICITANTE. INADEQUAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA. RECURSO ADMINISTRATIVO. DESPROVIMENTO. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

I. Relatório

A Secretária Municipal de Saúde, na análise de regularidade / saneamento da Concorrência Pública n. 5/2023, que tem por objeto a “Contratação de empresa para construção da unidade de pronto atendimento do bairro São João”, decidiu o seguinte:

CONSIDERANDO a opinião legal e a fundamentação jurídica do Parecer nº 43.2023/AAJ;
CONSIDERANDO a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal; resolvo **Declarar a nulidade do ato de habilitação da licitante Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. no processo licitatório Concorrência Pública nº 05/2023, haja vista a inadequação do atestado de capacidade técnica, conforme diligenciado nos autos da Concorrência Pública nº 08/2023;**

A decisão acima leva em conta o Parecer Técnico n. 278 de 25/10/2023 da empresa DAC Engenharia, que presta auxílio técnico aos órgãos da Administração Municipal de Pouso Alegre.

A empresa Marco Zero interpôs recurso em face da decisão que a inabilitou, alegando, em suma: nulidade na utilização de prova emprestada (referente à Concorrência Pública n. 8/2023); atecnia do Parecer Técnico n. 278; adequação do atestado por ela apresentado; excesso de formalismo; e desrespeito ao edital do processo licitatório e à legislação de regência.

O recurso foi remetido para análise do setor jurídico vinculado à Superintendência Municipal de Gestão de Recursos Materiais, que apresentou Parecer Jurídico motivado no qual, enfrentando os pontos levantados pela Recorrente, opinou por negar provimento ao recurso.

É a síntese do relatório. Passo a decidir.



II. Fundamentação

O processo licitatório é regido por princípios e regras que condicionam e limitam a atuação do gestor. A vinculação ao instrumento convocatório é norma cogente, que busca retirar do âmbito de discricionariedade dos agentes públicos as análises que culminarão na contratação pela municipalidade (art. 3º e 41 da Lei nº 8.666/1993).

De acordo com esse princípio é imperativo que (i) a Administração Pública consolide as regras do processo da contratação pública no edital da licitação; e (ii) ao editar esta regra, estará imediatamente submetida a ela, devendo assegurar o seu integral cumprimento pelos licitantes, que a ela também devem respeito.

O edital tem conteúdo normativo e, no certame em análise, apresentou como requisito para a habilitação das empresas a comprovação de: fornecimento e execução de laje alveolar; fornecimento e execução de vigas pré-fabricadas e fornecimento e execução de pilares pré-fabricadas (item 3.4.1.9.6).

Vale dizer que tais exigências do edital não foram impugnadas nem modificadas no curso do certame, permanecendo hígidas como critério de habilitação. Visando atender tal critério, a empresa Marco Zero apresentou a Certidão de Acervo Técnico n. 3058907/2023.

Em momento posterior à decisão da Presidente da Comissão de Licitação pela habilitação da empresa Marco Zero no certame em análise (Concorrência Pública n. 5/2023); essa mesma certidão foi apresentada no processo licitatório relativo à Concorrência Pública n. 8/2023, ocasião em que foi impugnada.

Na ocasião, a CPL acatou o pedido de diligência da empresa impugnante, constando o seguinte na Ata de Sessão Pública para Abertura do Credenciamento, Habilitação e Proposta Comercial de 10/10/2023:

Cabe informar que o representante da empresa MARCO ZERO CONSTRUÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA já sai intimado para que apresente os projetos e para que agende visita junto a empresa emissora do atestado, no prazo de três dias úteis, avisando esta comissão e seus interessados qual será o dia da visita, para que os mesmos possam acompanhar a diligência. Após a diligência será agendada nova sessão pública, para decisão de habilitação e intenção de recursos.

A empresa Marco Zero solicitou à empresa Biolab Farmacêutica (empresa em relação à qual se referia a obra referenciada na Certidão de Acervo Técnico n. 3058907/2023) reunião para a diligência, ficando designada a data 24/10/2023.



No dia designado a empresa que dá o suporte técnico ao Município de Pouso Alegre, DAC Engenharia, compareceu em reunião com o gerente de obras da empresa Biolab Farmacêutica. Transcrevemos abaixo trecho do Parecer Técnico n. 278 de 25/10/2023:

Foi realizada reunião com os engenheiros Alfredo e Renan, responsáveis pela equipe de obras da BIOLAB para esclarecimento das dúvidas da equipe técnica. Não foram apresentados projetos executivos devido à política de sigilo da empresa, por esse motivo, também não foi permitida a entrada dos representantes da empresa concorrente do processo licitatório, RC Borges.

Durante a reunião, foi constatado que a empresa Marco Zero é responsável pelo fornecimento de concreto e pelos serviços de concretagem, mas não é responsável pelo fornecimento e montagem dos elementos pré-fabricados, incluindo pilares, vigas e lajes alveolares.

Como consequência, a empresa Marco Zero não foi habilitada na Concorrência Pública n. 8/2023.

Em seu recurso – neste procedimento – a conclusão técnica foi confirmada, isto é: a empresa Marco Zero não executa e fornece os elementos pré-fabricados exigidos na licitação. Nas suas próprias palavras:

Nem a Recorrente e nenhuma das empresas participantes do certame fabrica, fornece ou monta as estruturas pré-moldadas, mas contrata empresas especialistas que o fazem, sob sua supervisão.

Conclusão lógica, pois, é que o atestado de capacidade técnico-operacional apresentado pela empresa Marco Zero nos autos da Concorrência Pública n. 05/2023 não comprova as exigências constantes no edital.

Isso está claro, pois conta com: (i) parecer técnico baseado em diligência na qual se ofertou o contraditório e a ampla defesa; e (ii) confissão da empresa Marco Zero. Porém compete ainda analisar a legalidade da decisão administrativa recorrida; a possibilidade de utilização da prova emprestada; e a regularidade do procedimento.

Motiva a decisão administrativa impugnada a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte teor:

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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No mesmo sentido é o enunciado da Súmula 346 da Suprema Corte. Vale dizer que o poder, aí disposto, não se traduz como faculdade, sendo certo – à luz do princípio da estrita legalidade e da supremacia do interesse público – que é um dever-poder da Administração. De acordo com a ferramenta “vocabulário jurídico” do site do Supremo tribunal Federal, trata-se de:



Poder inerente ao exercício da função administrativa do Estado, o qual **também pressupõe um dever de garantir e priorizar o interesse público, agindo em observância aos preceitos principiológicos que regem a Administração Pública.**

Partindo dessa premissa, tem-se que: *SE* o edital exige comprovação de dado atestado técnico-operacional; *SE* o gestor deve obediência aos termos do edital (arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666/1993); *SE* o atestado apresentado não comprova a exigência editalícia; e *SE* a empresa foi habilitada indevidamente; *LOGO*, é medida inescusável a nulidade da habilitação, pois o ato administrativo que habilitou tal empresa é ilegal.

Matéria de ordem pública, como se sabe, não é sujeita à preclusão. Mas independente disso, a decisão pela nulidade da habilitação foi proferida a tempo e modo pela autoridade contratante, a quem compete analisar a regularidade do certame e sanear eventual inadequação. Abaixo trecho do parecer jurídico que versa sobre o tema:

Outro ponto a se considerar preambularmente é a adequação jurídica da decisão em termos teóricos (sem adentrar ao mérito da demanda). A fase de homologação reivindica a análise acerca da adequação do certame. De acordo com Victor Aguiar Jardim de Amorim:

A homologação é o ato de controle pelo qual a autoridade competente, a quem incumbir a deliberação final sobre o julgamento, concorda e confirma os atos realizados pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro.

“A autoridade competente deverá ser hierarquicamente superior à comissão de licitação e ao pregoeiro, a qual, em regra, é aquela que determinou a abertura da licitação, mas poderá ser qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei.

A concordância refere-se a dois aspectos: à legalidade dos atos praticados pela comissão de licitação e à conveniência de ser mantida a licitação” (FURTADO, 2015, p. 268) (Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2018, p. 136).

Dessa feita, se constatada irregularidade pela autoridade competente, é dever-poder o exercício da autotutela (súmula 473 do STF), não havendo de se falar em preclusão, até porque a nulidade é matéria de ordem pública, sendo passível de conhecida a qualquer tempo, e são competências autônomas a da Comissão Permanente de Licitação e a da autoridade contratante.

Também seguimos o parecer jurídico em relação à possibilidade de utilização de prova emprestada, e isso não na defesa de interesse de terceiro, mas na **tutela do interesse público (que é indisponível):**

A uma, porque os documentos produzidos no processo de licitação são públicos (não sujeitos a sigilo); a duas, pois foi viabilizado o contraditório e a ampla defesa quanto à referida prova; a três, por previsão contida no Enunciado 20 da Controladoria-Geral da União; a cinco, por analogia ao prescrito no art. 372 do Código de Processo Civil; a seis, pelo princípio da supremacia do interesse público.

Ademais, a Administração Municipal deve guardar coerência entre seus atos. Não nos parece razoável que possa não habilitar uma empresa (após regular diligência) por inadequação de um atestado num certame e habilitá-la em outro com base no mesmo atestado.

O atestado de capacidade técnico-operacional tem um propósito simples: garantir que a empresa tenha condições de executar a obra a contento, tendo prévia experiência e expertise para o adequado emprego de recursos públicos. Como se vê, a primazia do interesse público é o pano de fundo de todo o certame. Em sendo assim, só se pode concluir pela possibilidade jurídica de utilização da prova emprestada.



Não reputamos aceitável, sob a perspectiva da dogmática juspublicista, o Município celebrar um contrato com uma empresa que, sabidamente, não observou as regras do certame.

À guisa de conclusão, compete-nos analisar o mérito da decisão recorrida, para tanto transcrevemos as razões que a motivaram, prescritas no Parecer Jurídico n. 43.2023/AAJ. Embora longa, é válida a transcrição com vistas a trazer clareza à *ratio decidendi*:

Em sendo assim, diante da aparente ilegalidade do ato de habilitação da empresa declarada vencedora, importa revisitar a teoria das nulidades, haja vista que pode surgir a seguinte dúvida: a nulidade pode ser decretada de forma insular – adstrita à habilitação – ou deve se dar em relação a todos os atos subsequentes àquele eivado do vício de legalidade?

Na ótica contemporânea, a nulidade, *per se*, deve ser opção residual, apenas quando o aproveitamento dos atos se revelar impossível ou não recomendável. Nessa linha de ideias leciona Guilherme Carvalho, que ao tratar do tema sob a perspectiva da nova Lei de Licitações assim discorre:

A salvação do processo licitatório, sempre que possível, perpassa razões de ordem logicamente objetiváveis, notadamente pelos mais variados custos concernentes à realização de outro processo licitatório. [...] licitar é dispendioso e, por isso, repetir, desnecessariamente, uma licitação não é a mais proveitosa escolha, sendo, do mesmo modo, medida francamente ineficiente.

(Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-06/licitacoes-contratos-saneamento-nulidades-processo-contratacao-publica/>)

Para o Tribunal de Contas da União, “a jurisprudência desta Corte aponta que é possível a anulação parcial de procedimento licitatório, com o aproveitamento dos atos que não tenham sido maculados pelo vício” (TCU, Acórdão nº 637/2017). Com efeito, tem-se que: “é facultado ao gestor, dentro da sua esfera de discricionariedade, a escolha entre anular todo o procedimento licitatório, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, ou invalidar apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento” (Acórdão 3092/2014 – Plenário).

Essa conclusão preliminar faculta ao gestor ao menos duas opções: (i) anular todo o processo licitatório; ou (ii) declarar a nulidade parcial da Concorrência Pública nº 05/2023.

Sob nossa ótica, descartaríamos a primeira opção como a principal escolha, uma vez que novo processo licitatório implica em custos, como tempo, mão de obra e recursos financeiros. Indo adiante, poder-se-ia até mesmo dizer que o atraso na contratação reflete na prestação do serviço de saúde pública no Município.

Mas eliminar a opção “i” não conduz a uma resposta óbvia. Isso porque a nulidade parcial pode se referir: (a) aos atos subsequentes à habilitação; ou (b) especificamente à habilitação da empresa que não



apresentou os competentes atestados comprobatórios dos requisitos da habilitação.

Enfrentando a primeira hipótese, adiantamos que a nulidade de todos os atos posteriores à habilitação não nos parece a melhor opção, haja vista que permaneceria no certame licitantes que tiveram prévio conhecimento da proposta inicial uma da outra.

O sigilo da proposta tem como escopos garantir a ampla competitividade e condições mais vantajosas à Administração. Sua quebra, indubitavelmente, pode afetar a justa competição e prejudicar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública.

É inofidável que são princípios da licitação, entre outros, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, a moralidade e o julgamento objetivo (art. 3º da Lei nº 8.666/1993).

In casu, a nulidade dos atos posteriores à habilitação restringiria a fase de propostas a duas licitantes, devendo se ter em conta que a diferença entre a proposta vencedora e a segunda colocada é de R\$ 286.436,95 (duzentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e trinta e seis reais e noventa e cinco centavos); quantia que não é insignificante.

Passa-se, por fim, à alternativa "b". Sob o aspecto da possibilidade jurídica, tem-se sua legitimidade – além do já exposto – no art. 4º, § 4º, I, do Decreto nº 9.830/2019 (que regulamenta o disposto nos arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que também autoriza a restrição dos efeitos da declaração de nulidade.

Ao decretar a nulidade especificamente quanto à habilitação, há de permanecer hígida a proposta de menor valor. Noutras palavras, deve-se oportunizar sequencialmente aos demais licitantes de acordo com a ordem de colocação a possibilidade de assumir a proposta vencedora.

Se a *dependência* é a pedra de toque que deve conduzir a decisão do gestor no aproveitamento dos atos; é digno de nota que a validade da proposta não depende necessariamente do seu proponente. Isso se verifica pela simples leitura do art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

Ainda que não haja previsão legal expressa e específica a esse respeito, afirma-se aqui a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que autoriza a aplicação por analogia desse dispositivo:

O art. 64, § 2º da Lei 8.666/1993, pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, segundo a ordem de classificação, quando a empresa originalmente vencedora da licitação assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste e rescindir amigavelmente o contrato, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado;

2. A ausência de menção expressa a tal situação fática na Lei 8.666/1993 não significa silêncio eloquente do legislador, constituindo lacuna legislativa passível de ser preenchida mediante analogia." (Acórdão nº 2737/2016.)



Nota-se que a decisão recorrida se baseou em fundamentação jurídica robusta, que “*se orienta em postulados sólidos da teoria da nulidade; na inexistência de prejuízo aos demais licitantes, tampouco à Administração Pública (que terá a oportunidade de adjudicar o objeto licitado nas condições mais vantajosas); e nos princípios da economicidade, eficiência e primazia do interesse público*”.

Ademais, tal *decisum* é proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais. Em poucas palavras, restaura a ordem violada; e isso de forma equilibrada, evitando-se soluções excessivas ou que imponham ônus demasiados ao interesse da coletividade.

Dessa feita, acompanhamos as razões constantes no Parecer Técnico n. 278 de 25/10/2023; no Parecer Jurídico n. 43.2023/AAJ; e no Parecer Jurídico de 1º/12/2023 da Superintendência Municipal de Gestão de Recursos Materiais, que ficam fazendo parte integrante da fundamentação desta decisão.

III. Dispositivo

Isso posto, acatam-se integralmente as manifestações técnicas referenciadas nesta decisão para, no mérito, negar provimento ao recurso interposto, mantendo a decisão recorrida que declarou a nulidade do recorrente nos autos da Concorrência Pública n. 5/2023.

Expeça-se comunicação, para ciência, ao recorrente.

Determina-se à Comissão Permanente de Licitação a continuidade do procedimento.

Publica-se, registra-se, intima-se e cumpra-se.

Pouso Alegre, 04 de dezembro de 2023.

José Dimas da Silva Fonseca
Prefeito Municipal

13-10-1831

POUSO ALEGRE

19-10-1848