



PARECER 43.2023/AAJ

**Ementa:** LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INADEQUAÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. IDENTIFICAÇÃO ANTES DA ADJUDICAÇÃO. AUTOTUTELA. PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS. POSSIBILIDADE DE CONVOCAÇÃO DO SEGUNDO COLOCADO.

I. OBJETO

Solicita-nos a Ilma. Secretária Municipal de Saúde orientação jurídica quanto à Concorrência Pública nº 05/2023, Processo Administrativo nº 173/2023, cujo objeto é a *“Contratação de empresa para construção da unidade de pronto atendimento do bairro São João”*.

II. DO RELATÓRIO

1. A Secretaria Municipal de Saúde deflagrou regular processo licitatório visando à contratação de empresa para construir Unidade de Pronto Atendimento no Município.

2. O certame, pelo o que relata, transcorreu sem atipicidades. No dia 11/10/2023, em sessão pública para a abertura da proposta comercial, declarou-se vencedora a licitante Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda., cuja proposta foi no valor de R\$ 11.218.827,16 (onze milhões, duzentos e dezoito mil, oitocentos e vinte e sete reais e dezesseis centavos).

3. Em 07/11/2023 o processo foi encaminhado à Secretária Municipal de Saúde *“para análise, homologação e adjudicação, se achar de conforme”*.

4. Sem embargo, teve-se ciência de que em outro processo licitatório – Concorrência Pública nº 08/2023 –, cujo objeto é a *“Contratação de empresa especializada para construção do Centro de Atenção Psicossocial, incluindo o fornecimento de material, equipamentos e mão de obra”*, a empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. não foi habilitada.

5. Em fls. 728 do Processo Administrativo nº 183/2023 a empresa em comento apresentou a Certidão de Acervo Técnico com Registro de Atestado nº 3058907/2023 emitida pelo CREA-MG.

6. No dia 10/10/2023, na *“sessão pública para abertura do credenciamento, habilitação e proposta comercial”*, foi solicitada diligência no atestado, pois:



No mesmo não fica explícito a execução realizada dos itens FORNECIMENTO E EXECUÇÃO DE LAJE ALVEOLAR, FORNECIMENTO E EXECUÇÃO DE VIGAS PRÉ-FABRICADAS e FORNECIMENTO E EXECUÇÃO DE PILARES PRÉ-FABRICADOS.

7. A diligência foi realizada, no Parecer Técnico - Documento nº 278 de 25/10/2023 - consta o seguinte:

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.

8. No dia 30/10/2023, na Ata nº 31/2023 (fls. 12238) da Concorrência Pública nº 08/2023, a empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. não foi habilitada por conta da inadequação do atestado diligenciado. Dessa decisão não foi interposto recurso.

9. Retomando à Concorrência Pública nº 05/2023, verifica-se que também foram exigidos atestados de capacidade técnico-operacional e técnico-profissional dos itens averiguados na diligência realizada em 25/10/2023 (cf. itens 3.4.1.9.6. e 3.4.1.9.7 do edital).

10. Dessa feita - emprestando a prova produzida na Concorrência Pública nº 08/2023 à luz da supremacia do interesse público -, tem-se como questionável a habilitação da Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda.

11. Diante da fase em que se encontra este processo licitatório, posterior à habilitação e antes da homologação e adjudicação, veio o procedimento para parecer jurídico.

12. É o relatório.

### III. DA ANÁLISE JURÍDICA

Havendo incerteza quanto à higidez de um ato administrativo, compete à Administração Pública tomar as medidas cabíveis para a garantia do interesse público, sendo sua prerrogativa o exercício da autotutela.



Consagrada na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal e no art. 53 da Lei nº 9.784/1999 a autotutela, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

[...] envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa: 1) aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e 2) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento (*Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25).

A habilitação de um licitante sem que estejam efetivamente presentes os requisitos exigidos no edital pode ensejar a revisão do ato, haja vista o princípio da estrita legalidade, o art. 27, II, e o art. 41 da Lei nº 8.666/1993 (obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório).

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 inoidável 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.)**

Ademais, de forma objetiva, tal opção 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.

No que tange ao aspecto procedimental, recomenda-se o seguinte a essa honorável Secretaria Municipal de Saúde:

1. Decisão pela nulidade – com base na prova emprestada produzida nos autos da Concorrência Pública nº 08/2023 – especificamente do ato de habilitação da empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. No entanto, deverão lhe ser oportunizados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), devendo a empresa ser intimada para, querendo, manifestar-se e juntar documentos no prazo de 5 (cinco) dias úteis (por analogia ao que dispõe o art. 109, I, “a”, da Lei nº 8.666/1993).



- 2.1. Não havendo recurso ou sendo negado provimento, deve a decisão ser publicada e os licitantes remanescentes convocados, na ordem de classificação, para manifestar interesse em assinar o contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços;
- 2.2. Lado outro, na hipótese de ser provido o recurso, deverá se considerar habilitada a Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda., inexistindo óbice à homologação do certame e à adjudicação do seu objeto.
3. Não acatada eventual defesa e inexistindo interesse dos licitantes remanescentes, em caráter subsidiário, opina-se pela decretação da nulidade de todo o certame (Concorrência Pública nº 05/2023), que deverá ser recomçado.
4. Diante das especificidades dos fatos que nos foram narrados, não há nenhum indício de má-fé ou dolo por parte da Comissão Permanente de Licitação, que em outro certame - após cumprimento de diligência técnica pleiteada - decidiu pela inabilitação da empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. e comunicou tal fato à Secretaria Consulente; em sendo assim, julga-se irretocável sua conduta, inexistindo subsídio para apuração de prática infracional.
5. Deve ser apurada, pela Secretaria competente, eventual prática infracional pela empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. no tocante aos certificados de capacidade técnica que foram objetos de diligência na Concorrência Pública nº 08/2023.

#### IV. DA SÍNTESE DA CONCLUSÃO

Isso posto, CONCLUI-SE que, ante as especificidades do caso, deve-se decretar a nulidade da habilitação da empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda., respeitando o contraditório e a ampla defesa. Ratificada tal decisão, RECOMENDA-SE convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para manifestar interesse em assinar o contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório; em caráter subsidiário a decretação de nulidade de todo o certame é medida que se impõe.



Em todo o caso, deverá ser apurada a responsabilidade da empresa quanto à autenticidade dos documentos apresentados na fase de habilitação.

É como parecer, s.m.j.

Pouso Alegre, 14 de novembro de 2023.

HENRIQUE CASSALHO  
GUIMARAES:11423309  
669

Assinado de forma digital por  
HENRIQUE CASSALHO  
GUIMARAES:11423309669  
Dados: 2023.11.14 14:04:17 -03'00'

LETICIA DO  
NASCIMENTO  
COUTO:09773206696

Assinado de forma digital por  
LETICIA DO NASCIMENTO  
COUTO:09773206696  
Dados: 2023.11.14 14:09:00 -03'00'

Henrique Cassalho Guimarães  
Assessoria de Assuntos Jurídicos  
OAB/MG 158.284

Letícia do Nascimento Couto  
Assessoria de Assuntos Jurídicos  
OAB/MG 213.181

