Tribunal de Justiça do Estado do Acre
134
Assessona Juridica

| | |
|---|---|
| **Classe** | **: Processo Administrativo n. 0102201-81.2014.8.01.0000** |
| Origem | : Rio Branco |
| Órgão | : Presidência |
| Relator | : Desembargadora **Cezarinete Angelim** |
| Requerente | : Gerência de Contratação |
| Assunto | : Licitações |
| Objeto: | : Aquisição. Material de Consumo Diverso. Material Gráfico. |

# PARECER ASJUR N. 214/2015

## I. Relatório

A Comissão Permanente de Licitação, representada por sua Pregoeira, solicita orientação desta Assessoria Jurídica sobre a viabilidade da continuidade ou não do Pregão Eletrônico SRP n.º 12/2015, nos termos em que se encontra, cujo objeto é a formação de registro de preços visando à aquisição, futura e eventual, de material gráfico, informando ainda, que o aludido Pregão encontra-se suspenso no sistema Comprasnet para ulterior deliberação.

Em síntese, aduz a Pregoeira que no decorrer do certame foi identificada divergência entre as quantidades discriminadas no Termo de Referência (fls. 81v/82) com as constantes no mapa de preços (fls. 41/42) para definição do valor global estimado para contratação, conforme subitem 8.1 do Termo de Referência (fl. 83).

Sustenta que foram consultados tanto a Gerência de Bens e Materiais, quanto o Coordenador do Parque Gráfico, tendo os mesmos se manifestado às fls. 177 e 178/180, respectivamente, no sentido de que as quantidades informadas no Termo, a serem registradas, são irreais em relação ao consumo deste Tribunal.

Feitas essas considerações, a Pregoeira submeteu os autos a esta Assessoria Jurídica, solicitando orientação acerca dos possíveis prejuízos que podem advir da continuação do presente certame, pontuando que ao final do certame em tela: será alçado um valor muito superior ao que fora indicado no subitem 8.1 do Termo de Referência, mesmo que com as atuais quantidades para atender a demanda anual desta Administração; será exigida uma comprovação absurda de o licitante ter fornecido o quantitativo de 30% (trinta por cento) do item de valor mais significativo para órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, ou ainda, para empresas privadas, conforme o subitem 9.1.3.1; e alguns licitantes já mantiveram contato telefônico informando a impossibilidade de comprovação supracitada.

Por derradeiro, a Pregoeira informou ainda, que a Administração poderá sofrer sérios prejuízos pela falta de entrega de material, em virtude de notas de empenho serem de pequeno valor, quando os fornecedores ficam aguardando novos pedidos para eventual redução do frete a ser custeado pela empresa.

É o breve relatório.

## II. Fundamentação

### a) Do poder de autotutela

Inicialmente, cabe frisar que o procedimento licitatório se realiza mediante uma série de atos administrativos, pelos quais aquela entidade que pretende contratar analisa as propostas efetuadas pelos que pretendem ser contratados e escolhe, dentre elas, a mais vantajosa para os cofres públicos. Em razão disso, essa série de atos administrativos sofre controle por parte do poder público.

Esse controle que a Administração exerce sobre os seus atos caracteriza outro princípio administrativo: o da autotutela administrativa. Esse instituto foi firmado legalmente por duas súmulas:

> **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 direito adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Essas súmulas estabeleceram então que a Administração poderá revogar, por motivo de interesse público, ou anular, em razão de ilegalidade, seus atos.

### b) Da revogação da licitação

Acerca da revogação e da anulação da licitação, dispõe a Lei n.º 8.666/93:

> 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

Tribunal de Justiça do Estado do Acre
185
Assessoria Jurídica

> fundamentado.
>
> § 1° 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.
>
> § 2° A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.
>
> § 3° No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.
>
> § 4° 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*[1]*"*.

Como prevê o dispositivo em destaque, a autoridade pública poderá revogar o procedimento licitatório por razões de interesse público, decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado. Esse fato novo, portanto, deve contrariar o interesse principal da Administração Pública, que é atender as prerrogativas da sociedade. Esse fato superveniente não era esperado pela Administração e a sua ocorrência não condiz com o objetivo do procedimento, devendo, dessa forma, ser revogado, justificadamente. Tal fato macula o procedimento, contrariando o interesse público, como neste caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO. REQUISITOS DA MEDIDA. PERICULUM IN MORA. FUMUS BONI JURIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE PREGÃO. Os motivos que ensejaram a revogação do Pregão, no qual a requerente havia sagrado-se vencedora, foi o de que após a realização do certame constatou-se que o preço oferecido pela requerente era superior ao praticado no mercado, motivo pelo qual, revela-se

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

> legítimo o ato revogatório porquanto fulcrado no art. 49, da Lei n.° 8.666/93 ("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 (...)", o que evidencia a ausência de fumus boni júris". (STJ MC 11055 / RS ; MEDIDA CAUTELAR 2006/0006931-6 Ministro LUIZ FUX T1 - PRIMEIRA TURMA DJ 08.06.2006 p. 119 Julgamento 16/05/2006)

A anulação, por sua vez, é o meio utilizado quando o ato específico ou todo o procedimento é ilegal. O ato administrativo quando realizado em discordância com o preceito legal é viciado, defeituoso, devendo, assim, ser anulado. 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.

Pelas lições aqui colacionadas, **verifica-se, *in casu*, que se trata de revogação do procedimento licitatório uma vez que se funda em fato superveniente e em juízo de conveniência do ato ao interesse público, leia-se, o Termo de Referência, documento essencial na fase preparatória do pregão, não contemplou de forma precisa e suficiente, desobedecendo ao inciso I, do art. 9º do Decreto 5.450/2005**[2].

Diante da ocorrência de fatos supervenientes, a Administração perdeu o interesse no prosseguimento deste processo licitatório, fato este que não obsta de futuramente, por conveniência deste Tribunal de Justiça, ser iniciado outro processo de licitação com os mesmos itens e objetos, **desde que seja feita uma reanálise minuciosa sobre a real quantidade dos itens e as garantias de comprovação necessárias, respeitando os limites da proporcionalidade e complexidade do objeto, que o possível edital venha requerer.**

Neste caso, a revogação, prevista no art. 49 da Lei de Licitações, constitui

[2]Art. 9° Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:
I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

Tribunal de Justiça do Estado do Acre
Assessoria Jurídica

a forma adequada de desfazer o procedimento licitatório tendo em vista a superveniência de razões de interesse público que fazem com que o procedimento, inicialmente pretendido, não seja mais conveniente e oportuno para a Administração Pública.

Desta forma, a Administração não pode se desvencilhar dos princípios que regem a atuação, principalmente no campo das contratações públicas, onde se deve buscar sempre a satisfação do interesse coletivo, obedecendo aos princípios previsto no art. 37 da Magna Carta de 1988 e no art. 3º da Lei 8.666/93. Logo, a revogação fica reservada, para os casos em que a Administração perde interesse no prosseguimento da licitação ou na celebração do contrato, o que de fato, ocorreu no presente caso.

## c) Do Contraditório e da Ampla Defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa é assegurado em nosso ordenamento jurídico pelo conhecido artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Na Lei de Licitações o aludido princípio está corroborado no parágrafo 3º do artigo 49, no qual determina o seguinte: *"§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e ampla defesa"*.

Sobre este tema, **DIÓGENES GASPARINI** comenta: *"O Estatuto federal Licitatório prevê que no caso de desfazimento (revogação, invalidação) da licitação ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 49, §3º), garantia essa que é dada somente ao vencedor, o único com objetivos na permanência desse ato, pois através dele pode chegar ao contrato. Os demais já foram, por algum motivo, alijados do certame e na oportunidade tomaram as medidas que seus interesses aconselhavam*[3]*"*.

Nos presentes autos, sequer houve vencedor, logo, não há que se falar em violação ao contraditório e ampla defesa.

Neste sentido, também é a posição do **Superior Tribunal de Justiça** quando da análise do RMS 23360/PR. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2006/0269845-7:

"...3. Ainda que não tivesse sido respeitado o

[3] Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo. 12 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2007. Pág. 626.

> contraditório, o ato revogatório não estaria eivado de ilegalidade, porquanto a jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de revogação de licitação antes de sua homologação, faz ressalvas à aplicação do disposto no art. 49, § 3°, da Lei 8.666/93 ("no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa"). Entende, nesse aspecto, que o contraditório e a ampla defesa somente são exigíveis quando o procedimento licitatório houver sido concluído. Assim, "a revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado" (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008)."

Portanto, por não haver direito adquirido das empresas participantes do certame, é entendível que não existe violação ao contraditório e ampla defesa, e que no caso em comento, não havendo sequer o vencedor do certame, deve prevalecer o interesse público sobre o privado.

## d) Da comprovação da Capacidade Técnico Operacional

Verifica-se que o edital do certame, não obstante ter sido submetido à análise da Assessoria Jurídica, apresentou primeiramente, quantidades absurdas sobre os itens a serem adquiridos, após, fora devidamente atualizado, contudo, ainda apresentou-se consideravelmente divergente em comparação com o mapa de preços acostado às fls. 41/42.

Ainda sobre o edital, cumpre salientar que é exigida a garantia de qualificação técnica conforme o subitem 9.1.3.1, exigência esta corroborada no entendimento do saudoso mestre **HELY LOPES MEIRELES** *"A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto aposto à letra "b" do § 1° do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação*[4]".

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência quanto à possibilidade

[4] MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo, 20ª ed., 1995, p. 270

Tribunal de Justiça do Estado do Acre
Assessoria Jurídica

da exigência em questão:

> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E CONSEQÜENTE MANUTENÇÃO. EDITAL QUE PREVÊ A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS DE PRÉVIO QUE **COMPROVEM** QUE AS EMPRESAS **LICITANTES** JÁ FORNECERAM PELO MENOS CEM PRODUTOS SIMILARES AO LICITADOS EM OUTRAS OPORTUNIDADES (CLÁUSULA DE FORNECIMENTO MÍNIMO). POSSIBILIDADE. **CAPACIDADE TÉCNICO**-OPERACIONAL. ART. 30, INC. II, DA LEI N. 8.666 /93. RAZOABILIDADE. 1. A regra editalícia atacada possui a seguinte redação: "10.3. - Atestados de **capacidade técnica**: a) a **licitante** deverá apresentar 02 (dois) atestados de **capacidade técnica**, fornecidos por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado de que a empresa forneceu equipamentos de mesma natureza e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação. Somente serão aceitos atestados em que a **licitante** forneceu, no mínimo, a quantidade abaixo definida de equipamentos do item a que está concorrendo. [...] b.1) para o subitem 1.1: 100 (cem) terminais de autoatendimento". 2. O recorrente insurge-se alegando violação ao art. 30 , § 1° , inc. I , da Lei n. 8.666 /93, na medida em que, para fins de **comprovação** de **capacidade técnica**, não pode o ente **licitante** exigir atestado de quantidade mínimas de fornecimento prévio de produtos para outras entidades públicas ou privadas. 3. A pretensão do recorrente não encontra guarida no dispositivo citado, que trata apenas das licitações de obras e serviços - enquanto, na espécie, tem-se caso de licitação para aquisição e manutenção de produtos (terminais de autoatendimento para Tribunal de Justiça). 4. Assim sendo, há atração da aplicação do art. 30 , inc. II , da Lei n. 8.666 /93 que, reportando-se à necessidade de **comprovação** de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidades com o objeto licitado (**capacidade técnico**-operacional), implícita e logicamente permite que editais de licitação tragam a **exigência** de fornecimento mínimo de equipamentos similares em outras oportunidades, desde que tal cláusula atenda aos princípios da razoabilidade (como é o caso, pois a licitação tinha como objetivo a aquisição de 200 terminais e exigia-se dois atestados de fornecimento prévio de, no mínimo, 100 terminais). 5. Recurso ordinário não provido. (STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RMS 24665 RS 2007/0172478-6)

Há, ainda, a **Súmula do TCU n.º 263/2011** que discorre a respeito:

> "Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a

complexidade do objeto a ser executado".

Todavia, tal exigência deve resguardar proporção com a dimensão e complexidade dos objetos licitados, o que de maneira notória não ocorre no caso em tela, em razão das quantidades informadas no Termo de Referência do Edital do Pregão em análise, serem irreais em relação ao consumo do Tribunal de Justiça do Acre.

## III. Conclusão

Por todo o exposto, com fulcro nos fundamentos de fato e de direito já abordados no corpo deste parecer, a Assessoria Jurídica da Presidência **opina pela possibilidade de revogação** do certame licitatório pela autoridade superior, em observância às normas e aos princípios licitatórios e constitucionais vigentes.

Observa-se, por derradeiro, que a presente análise restringe-se aos aspectos meramente jurídicos, não cabendo manifestação sobre a conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito deste Tribunal de Justiça, tampouco o exame de questões de natureza técnica não jurídica e/ou administrativa.

É o parecer.

À consideração superior.

Rio Branco/AC, 14 de julho de 2015.

**Emir Rogério Marcelino Brasil**
Estagiário

**Fernanda de Oliveira Souza**
Assessora Jurídica