

LICITAÇÃO – FINALIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE PARECER PRÉVIO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO – ANULAÇÃO DE TODO O PROCEDIMENTO – TOTAL INVALIDADE – EXISTÊNCIA DE DECRETO ESTADUAL QUE OBRIGA A MANIFESTAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA ESTADUAL

PARECER

Guilherme Carvalho e Sousa

Mestre em Direito e Políticas Públicas; Advogado; Professor Universitário; Procurador do Estado do Amapá

Empós aviamento de recurso administrativo por parte de uma das licitantes, o Secretário de Estado do Desenvolvimento Rural solicitou desta Procuradoria Geral do Estado parecer técnico-jurídico sobre a procedência do recurso interposto.

Em resposta a ofício¹ da Secretaria de Estado, junto ao qual vieram todos os autos do processo administrativo sob análise, esta Procuradoria do Estado passa a se manifestar sobre a regularidade do presente certame, desde já salientando que, com a narrativa fática abaixo transcrita, já é possível fazer uma análise prévia dos requisitos exigidos pela legislação pertinente à matéria.

I. BREVE ESCORÇO FÁTICO

A Secretaria de Estado do Desenvolvimento Rural – SDR deflagrou processo licitatório para aluguel de veículos para atender às necessidades de transporte dos produtores e escoamento da produção do Estado e para a própria Secretaria.

O processo foi iniciado por meio de memorando² do Chefe da Unidade de Administração – Comissão Especial de Licitação – da Secretaria. Às fls. 5, a informação de dotação orçamentária. Seguidamente, às fls. 7/8, manifestação jurídica da Assessoria Jurídica da Secretaria, sugerindo, tão somente e por óbvio, o cumprimento da lei.

Das fls. 9/41, consta o edital com seus respectivos anexos, o qual foi impugnado através

do Mandado de Segurança nº 0022276-81.2011.8.03.0001. Nesta ação mandamental, cujo fundamento teve por objeto a violação do art. 4º, V, da Lei nº 10.520/02, foi deferida medida liminar suspendendo a licitação até o julgamento da ação.

Consoante testifica ofício³ de fls. 49, endereçado à Procuradora do Estado que atuou perante a ação judicial que impugnou o edital, a Secretaria, em conjunto com a Comissão de Licitação, resolveu anular todos os atos até então praticados e proceder à nova publicação do referido edital, reabrindo prazo para apresentação das propostas das licitantes, nos termos da manifestação e documentos.

Das fls. 51/80, há documentação que atesta a publicação do aviso de licitação em órgão da imprensa oficial e em jornal de grande circulação, bem assim o recebimento do edital de licitação pelos licitantes interessados.

Das fls. 81/88 e das fls. 90/92, constam impugnações ao edital propostas, respectivamente, pelas Empresas JCM Comércio e Serviços e Executiva Empreendimentos Ltda.

A Secretaria, por intermédio de seu pregoeiro, procedeu à modificação do edital do Pregão Presencial nº 001/2011, informando tratar-se de Pregão Presencial e não de Pregão Eletrônico, informando, a todas as licitantes interessadas, por meio de ofício circular, a errata ao instrumento convocatório, o que se comprova pela documentação de fls. 94/124. A referida errata foi

1. Ofício nº 438/2011 – GAB/SDR.

2. Memo nº 007/2001 – Und. Adm./SDR.

3. Ofício nº 01/2011 – ASSEJUR/SDR.

publicada em jornal de grande circulação. Das fls. 129/480, seguiram-se os documentos de credenciamento, e envelopes de habilitação e propostas.

Ocorre que as impugnações ao edital, procedidas pelas licitantes já identificadas, não se resumiram a atacar a dicotomia quanto à modalidade licitatória adotada – se Pregão Eletrônico ou Presencial. Quanto a este ponto, como já mencionado, houve o pronto atendimento da Secretaria, por intermédio de sua Comissão Permanente de Licitação.

Outros pontos foram abordados nas referentes impugnações ao instrumento convocatório, sendo que, sobre eles, a comissão quedou-se silente, dando continuidade a um procedimento que, de antemão, já é possível salientar que se iniciou e transcorreu viciado.

Ressalte-se que, durante todo esse trâmite procedimental, o processo jamais veio a essa Procuradoria do Estado, conforme determina o art. 2º do Dec. estadual nº 3.999/10. Não houve manifestação prévia da Procuradoria do Estado sobre a fase interna do certame, justamente a que vai até a publicação do instrumento convocatório.

Aos quinze dias do mês de julho do ano de 2011, realizou-se, então, a Sessão Pública do Pregão Presencial nº 001/2011 – SDR. Após declarada encerrada a etapa de lances, as ofertas foram classificadas em ordem crescente de valor, assegurando-se às microempresas e empresas de pequeno porte o exercício do direito de preferência, respeitada a ordem de classificação.

Procedeu-se à fase da negociação, sendo que, negociada a redução do preço da menor oferta, o pregoeiro considerou que o preço obtido foi aceitável, em se tratando de preços praticados no mercado.

Na fase de habilitação, as licitantes mais bem classificadas foram inabilitadas, inclusive as empresas ora recorrentes – Executiva Empreendimentos Ltda. ME e Projecta Construção e Serviço Ltda. – EPP (3º e 1º lugar no certame).

As recorrentes, Executiva Empreendimentos Ltda. e Projecta Construção e Serviço Ltda. –

EPP ME, interpuseram recurso administrativo hierárquico requerendo a reforma da decisão inabilitatória e, ainda, que fossem classificadas e lhes fosse adjudicado o objeto da licitação.

Era o que cumpria, em lacônico aperto, relatar.

Quesitos:

1 – Uma vez existente norma jurídica que obriga a emissão prévia de parecer pela Advocacia Pública Estadual, é possível a finalização de processo licitatório sem a emissão de parecer?

2 – As nulidades existentes em instrumento convocatório podem ser revistas, pela própria Administração, em momento posterior?

3 – É possível convalidar ato administrativo nulo por meio de “parecer conclusivo”?

Repousa, sobre tais questionamentos, a narrativa que se ocupará de responder no presente *dictamen*.

II. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA PARA O CASO

Para tanto, antes de tudo, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica dos pareceres, bem assim sua classificação.

1. Natureza jurídica e classificação dos pareceres

1.1. Conceituação e natureza jurídica

O termo parecer jurídico é espécie do gênero parecer. Este se demonstra como atividade de consulta, uma resposta técnica, podendo envolver questões jurídicas, contábeis, técnicas gerais etc., e os encarregados de emití-lo devem ser pessoas afins com a matéria que se trate, possuindo experiência que permita assessorar com apoio teórico a circunstância que lhe serve de causa.

Importa, para o presente caso, a análise dos pareceres jurídicos, especificamente os emanados da Administração Pública. E qual a peculiaridade dos pareceres emanados da advocacia pública? Qual a sua conceituação? Na verdade, “consustanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria

submetida à sua apreciação.”⁴ “São manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.”⁵

Outro não é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:⁶

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Carlos Pinto Coelho Motta entende o parecer jurídico como “peça processual que corporifica e veicula a opinião técnica do advogado acerca da fenomenologia administrativa, tal como é apresentada à sua percepção, acervo técnico e experiência”.⁷

Roberto Dromi (tradução nossa) acentua que os pareceres são atos jurídicos da Administração, emitidos por órgãos competentes, que contêm opiniões e informações técnico-jurídicas preparatórias da vontade administrativa.⁸

Demonstra a manifestação de vontade – ou ao menos a intenção – da Administração diante da prática de outro ato administrativo contendo opiniões preparatórias de um “decidir” do Poder Público.

Há quem entenda que os pareceres jurídicos não são, sequer, atos jurídicos, manifestando-se, simplesmente, como meros atos técnicos, na medida em que lhes falte força vinculativa. “O acto opinativo é, em rigor, mero acto técnico na

medida em que lhe falte a produção de efeitos jurídicos e tenha carácter indicativo, mas não imperativo”.⁹

Com a devida vênia ao professor lusitano, não se comunga desse pensamento em sua totalidade, aceitando-o de forma tão irrestrita, pois, como adiante será demonstrado, nem todos os pareceres têm carácter meramente indicativo, haja vista que uns são imperativos em sua essência,¹⁰ materializando-se numa ordem expressa que deve ser fielmente cumprida àqueles a quem se destina (é o caso, por exemplo, dos pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado do Amapá, como adiante se demonstrará).

Possuem o condão de influenciar, inclusive, na fundamentação de outros atos administrativos, enquanto atividade de consulta,¹¹ diversa, portanto, da atividade política em sentido estrito ou da atividade legislativa. São, portanto, além de atos técnicos, invariavelmente, atos jurídicos.

Ultrapassada a discussão quanto ao conceito de pareceres, outro tema reluz com forte debate na doutrina: a natureza jurídica dos pareceres jurídicos da advocacia pública. São ou não atos administrativos? A doutrina diverge quanto a este ponto. Alguns entendem que os pareceres jurídicos da advocacia pública não podem ser classificados como atos administrativos:

Em uma primeira conclusão, portanto, pode-se dizer que, em regra, o parecer jurídico não é ato administrativo, vez que ele não consiste na manifestação da vontade do Poder Público, mas apenas uma opinião de um técnico especializado, sendo classificado

4. José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 23ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 151.

5. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 197.

6. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 368.

7. Carlos Pinto Coelho Motta, “Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor”, *Fórum Administrativo – Dir. Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, nº 21, pp. 1425/1431, nov. 2002, p. 1425.

8. Disponível em <http://ar.vlex.com/vid/v-dictamen-43279253#ixzz162Vd9ydB>.

9. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., vol. I, Lisboa, Almedina, 1997, p. 438.

10. Exemplificativamente, art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 42, § 1º, da Lei nº 9.784/99. Além desses, art. 2º do Dec. nº 3.999/10 (Estado do Amapá).

11. É exatamente nesse ponto que se pretende buscar o máximo de validade ao mister desenvolvido pelo advogado público, na medida em que, por meio da realização de suas atividades, é capaz de auxiliar na fundamentação de um ato administrativo devidamente válido, o qual pode ser inserido no ordenamento jurídico, sem falhas e vícios, mantendo-se incólume sem posterior declaração de nulidade.

como ato enunciativo da Administração Pública, ou um ato de opinião da Administração.¹²

Por seu turno, Marçal Justen Filho segue raciocínio diverso, no entendimento de que os pareceres são atos administrativos, atos consultivos, “aqueles em que o sujeito não decide, mas fornece subsídios a propósito da decisão. É o caso dos pareceres”.¹³

Nesse mesmo sentido, Garrido Falla,¹⁴ referindo-se, especificamente, ao ordenamento espanhol, leciona que, não obstante as respostas às consultas propostas pelos particulares perante a Administração Pública, no ordenamento espanhol, não vincularem terceiros – conforme consta na Lei Geral Tributária da Espanha – e, expressamente, não constituírem ato administrativo, ainda assim as classifica como meros atos administrativos.

São atos enunciativos que, embora nem sempre constituam uma relação jurídica, prestam-se, por certo, para declarar a essência da vontade administrativa. São, portanto, atos declarativos, que se dirigem à produção de um efeito jurídico de clarificação, de eliminação de dúvidas a respeito de situações jurídicas cuja existência cabe à Administração verificar e comprovar.

Ao que se entende, pode-se considerar que os pareceres jurídicos da Administração Pública, no mínimo, são atos enunciativos, declarando uma vontade estatal, e, mesmo que não vistos como ato administrativo em sentido estrito, algumas características dessa espécie jurídica possuem.

1.2. Classificação

A doutrina, em sua maioria, adota, para efeitos de classificação dos pareceres jurídicos, aspectos atinentes à sua obrigatoriedade. Sendo assim, os pareceres podem ser facultativos ou obri-

gatórios, sendo que, quanto a estes, podem ainda ser vistos como vinculantes ou não vinculantes.

Os pareceres jurídicos têm as seguintes repercussões, quanto às responsabilidades de quem oferece e a quem são dirigidos:

1) quando a consulta ao órgão jurídico é facultativa, mesmo determinada pela lei ou norma jurídica, a autoridade competente para decidir não se vincula ao parecer proferido, o qual não altera o seu poder decisório;

2) quando a consulta ao órgão jurídico é obrigatória sob pena de nulidade, a autoridade decisória se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e, se pretender decidir de forma diversa, deve submeter o caso a novo parecer ou nova (podendo ser outra) opinião, e, justificadamente, decidir; 3) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, o administrador público não poderá decidir de forma diversa, ou então não decidirá.¹⁵

Hely Lopes Meirelles,¹⁶ após reconhecer que, por vezes, deva ser obrigatório no procedimento administrativo, menciona duas espécies de pareceres: o parecer normativo e o parecer técnico.

Parecer normativo: é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo.

Parecer técnico: é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevale-

12. Gustavo Henrique Pinheiro de Amorim, O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente, in *Leituras Complementares de Direito Administrativo*, Bolzan, Salvador, Podivm, 2008, pp. 248/249.

13. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 287.

14. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I, parte general, novena edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 622.

15. Edmir Netto Araújo, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 486.

16. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 197/198.

ce a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.¹⁷

A Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, prevê, em seu art. 38, parágrafo único, que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.¹⁸

Como se pode perceber, há legislação – no caso, a Lei nº 8.666/93 – prevendo a obrigatoriedade de emissão de pareceres em determinados casos, sem a qual o ato é inválido.

Nesse mesmo sentido, o Dec. estadual nº 3.999, de 21.9.10, obriga à prévia avaliação, pela Procuradoria Geral do Estado, dos procedimentos licitatórios realizados pelos órgãos da Administração Pública direta.

O art. 2º do referido decreto estadual vaticina que:

Art. 2º. Nenhuma licitação ou contrato administrativo poderá ser homologado ou efetivado sem a manifestação da Procuradoria Geral do Estado, sobre a legalidade do certame e dos termos da minuta contratual, mesmo em face do acompanhamento jurídico do órgão licitante ou contratante no decorrer do certame.

Ora, da leitura do referido decreto, não se pode olvidar que, no que atine à Administração Pública direta estadual, o parecer é obrigatório. Dito de outro modo, a realização de uma licitação e consequente firmação do contrato administrativo pelo Estado do Amapá depende, irremediavelmente, da manifestação da Procuradoria Geral do Estado.

Atente-se para o seguinte fato: o Dec. estadual nº 3.999 não condiciona a validade do ato administrativo a uma manifestação jurídica qualquer; pelo contrário, salienta que, não obstante a emissão de manifestação prévia pela Assessoria

Jurídica do órgão que realiza a licitação (no caso, a Secretaria de Estado do Turismo), há, inarredavelmente, a obrigatoriedade de manifestação da Procuradoria Geral do Estado.

A licitação, assim, para se fazer perfeita, não pode prescindir da opinião jurídica exarada em parecer da Procuradoria do Estado. Na verdade, as licitações públicas estaduais são atos administrativos compostos, entendidos estes como os que “demandam uma vontade unitária, mas dependem de verificação, ratificação ou ciência de outro órgão ou agente para operacionalizar-se”.¹⁹

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, por três vezes, já se manifestou sobre o tema. Em um primeiro momento, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24073, a Corte, adotando o entendimento de que o parecer não é um ato administrativo, entendeu pela não responsabilização dos pareceristas. Segundo o Ministro-Relator:

O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei.²⁰

Porém, em outro mandado de segurança (MS nº 24.584), cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio Melo, o Tribunal entendeu que o advogado público pode responder solidariamente pela aprovação ou ratificação do documento pactual, diversamente do que ocorre com o documento facultativo.

E, na linha do quanto articulado pelo Min. Marco Aurélio, a maioria dos Ministros do STF afirmou, como argumento para fundamentar a decisão acima, que a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o art. 38 da Lei nº 8.666/93, e diferentemente do que ocorre com a emissão de simples parecer opinati-

17. *Idem*, p. 198.

18. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm, acesso em 12.5.11.

19. Edmir Netto Araújo, *ob. cit.*, loc. cit.

20. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>, acesso em 12.5.11.

vo, pode gerar responsabilidade solidária dos procuradores.²¹

Nesse outro julgado, mais recente (julgado em 9.8.07), a Corte Suprema empreendeu a diferenciação entre os pareceres, salientando que, em se tratando de pareceres que não sejam, meramente, opinativos (como os pareceres emitidos pela Procuradoria do Estado do Amapá, por força do Dec. estadual nº 3.999), o advogado público pode, inclusive, ser responsabilizado. A decisão foi assim ementada:

Advogado público – Responsabilidade – Artigo 38 da Lei nº 8.666/93 – Tribunal de Contas da União – Esclarecimentos. Prevedo o art. 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.²²

2. Quanto à nulidade do ato praticado

Não há o que se discutir, neste caso ora posto sob análise, quanto à invalidade dos atos praticados em desatenção ao Dec. estadual nº 3.999 e ao art. 38 da Lei nº 8.666/93.

Perceba-se que o art. 2º do referido decreto (já mencionado) não abre margens para outro tipo de interpretação. Pelo contrário, é taxativo, imperando que, para a validade do ato administrativo como um todo (a licitação) deve haver manifestação *prévia* da Procuradoria do Estado.

Tendo em vista que a licitação já fora realizada, resta o questionamento: como se deve proceder a partir de agora? O que fazer com a empresa vencedora do certame? Como conduzir os recursos já interpostos pelas licitantes participantes do certame?

Em se tratando de Administração Pública, a sanatória no processo administrativo não pres-

cinde da observância de mínimos prejuízos para a Administração. No caso em tela, a resposta sobre o recurso interposto torna-se desnecessária, eis que o vício que acometeu o procedimento em seu início, por si só, já o aniquila prontamente, tornando qualquer outra discussão posterior, ainda que em fase externa, totalmente inócua.

Mesmo assim, em homenagem aos princípios constitucionais do devido processo legal, e, bem assim, em atendimento aos direitos dos administrados de obterem respostas sobre seus pleitos administrativos, algumas questões merecem, ainda, ser pontuadas.

Tendo em vista que a ata do pregão fora realizada em 15 de julho do corrente ano, sexta-feira, e considerando o início da fluência do prazo, dia 18.7.11, segunda-feira, é crível que a finalização do prazo recursal ocorreu somente no dia 20.7.11, quarta-feira.

Como já dito, não obstante a importância que o tema suscita, o que mereceria um caloroso debate, a discussão sobre a conduta adotada pela CPL é, totalmente, cava, pelas razões que ora se passam a expor.

O edital da licitação contém cláusulas limitativas de competitividade. Todas essas cláusulas foram objeto de recurso não só pela ora licitante como também de outra empresa que participou do certame, o que restou especificado nas impugnações já mencionadas, e que não foram devidamente respondidas pela Administração Pública.

Ainda que não existisse a norma preconizada no art. 2º do Dec. estadual nº 3.999/10, o poder de autotutela da Administração é suficiente para empreender a anulação de seus próprios atos, quando eivados de vícios, sobre os quais não incida a possibilidade de convalidação. É o que se deduz da leitura da Súmula nº 473 do STF, *verbis*:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se origi-

21. Vera Monteiro, Responsabilização de agente público, autor de parecer jurídico, pelo TCU – análise do posicionamento do STF, *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, vol. 10, nº 49, maio/jun. 2008, pp. 53/63, p. 60.

22. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2141808>, acesso em 12.5.10.

nam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Carlos Bastide Horbach,²³ em preciosa obra em que aborda as nulidades no Direito Civil e Administrativo brasileiro, traça uma noção histórica dos julgados precedentes à elaboração da aludida súmula, arrematando, com extrema precisão, que a redação da súmula indica uma opção do STF pela teoria de que somente uma é a consequência das irregularidades dos atos administrativos, qual seja, a nulidade absoluta. Para o autor, se há ilegalidade no ato, a hipótese possível é a anulação, seja pela Administração ou pelo Judiciário, não produzindo o ato anulado nenhum efeito e dele não se originando direito qualquer.

Mesmo após a edição de tal verbete sumular pelo STF, a doutrina,²⁴ à época, já apregoava a possibilidade de ponderar os efeitos de um ato administrativo ilegal. Obtempere-se, contudo, que isso não é a regra. A sanatória excepcional do ato nulo é medida restritiva e excepcional, devendo coincidir, em sua totalidade, com a exigência do interesse público.

No caso em tela, há regra clara, prevista em decreto estadual, na qual há previsão, expressa, de que os instrumentos convocatórios devem se submeter à apreciação da advocacia pública, fato que poderia ser suavizado, caso não houvesse nulidade. Como houve nulidade no ato convocatório, inclusive objeto de impugnação por mais de um licitante, sem resposta devida e adequada, não há como convalidar o ato.

3. Precisamente o caso sob enfoque

Ilustre-se o que foi objeto de recurso. O primeiro ponto é que não restou nítido se a licitação albergaria o critério do menor preço global ou por lote, tornando quase que impossível a apre-

sentação de uma proposta. Qual o critério de julgamento que foi adotado no edital: menor preço global ou menor preço por lote?

Tais respostas não restaram devidamente esclarecidas no curso do processo, compendian-do-se a Comissão Permanente de Licitação a afirmar:

De outro modo, apenas a título de mais de um esclarecimento quanto ao critério de julgamento trata-se de menor preço por lote, o qual também pode ser classificado como menor preço global, por se tratar de um certame onde apenas existe um lote para o total dos objetos da licitação, onde será apresentado um único preço de uma única vez com apenas uma empresa vencedora do certame.²⁵

A errata da licitação sob comento, Pregão Presencial nº 001, foi direcionada a todos os licitantes, muito embora somente um dia antes da realização da Sessão Pública – dia 14.7.11, o que tornou inviável, sem sombra de dúvidas, a manifestação de qualquer dos licitantes.

Ora, no edital não ficou claro se o critério de julgamento seria o menor preço por lote ou se seria o menor preço global. Ao que tudo indica, a licitação poderia ser procedida por lotes, como, de praxe, ocorre com várias licitações no âmbito estadual, o que amplia a competitividade.

Sobre o tema, o art. 45, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93 assim menciona:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

23. Carlos Bastide Horbach, *Nulidades no Direito Civil e no Direito Administrativo: Experiência Brasileira*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 235/241.

24. Nesse sentido, Miguel de Seabra Fagundes, "Revogação de licença para construir – direito à indenização", *Revista de Direito Público*, vol. 16. De igual modo, Miguel Reale, *Revogação e Anulação dos Atos Administrativos*, Rio de Janeiro, Forense, 1968.

25. Fls. 114 do processo.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade de concurso:

I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço.

A licitação “por lote” é uma criação da praxe administrativa, não prevista na lei. Na verdade, é até tautológica a utilização do critério “menor preço por lote”, eis que não há um padrão que objetive em quantos lotes o objeto da licitação pode ser dividido. Há posicionamento doutrinário que, inclusive, entende pela ausência de economicidade em tal critério, *verbis*:

Assim, esse pseudo-critério de julgamento estabelecido como “Menor Preço por Lote” demonstra-se danoso ao erário, pelos seguintes motivos: primeiramente, em se tratando de diversos itens, dever-se-ia ser estabelecido menor preço por item, já que nas compras, a licitação sempre deverá, obrigatoriamente, ser do tipo *menor preço*, sendo que a licitação por itens opera como se diversas licitações fossem, agrupadas em uma só, devendo, assim, estabelecer-se como critério de julgamento o menor preço por item, face à individualidade de procedimentos (art. 4º, X da Lei nº 10.520/02 c/c art. 8º, V do Dec. nº 3.555/00 e, subsidiariamente, art. 15, IV c/c art. 45, § 1º, I da Lei nº 8.666/93); em segundo lugar, para a adoção do critério do menor preço por lote, como no caso em estudo, deve-se, antecipada e necessariamente, justificar o motivo para tal (a exemplo de prejuízo, devidamente comprovado, se a licitação fosse por item, ou perda de economia de escala etc.), ao que, em não havendo justificativa técnica e economicamente viável, além de plausível para isso, jamais se deveria adotar tal critério; e, por derradeiro, há, ainda, o fato de que, em se

estabelecendo o critério do menor preço por lote, em não se cotando todos os itens do lote, deverá ser a proposta, necessariamente, desclassificada, de acordo com a inteligência do que deve constar como critério de desclassificação, já que não se atendeu ao, certamente, exigido em Edital, além de, obviamente, o valor daquele licitante que não cotar todos os itens ser obrigatoriamente inferior ao do que cotou todos os itens, havendo, assim, disparidade no objeto e ofensa à isonomia!²⁶

O que não se faz possível é utilizar, dentro de um mesmo edital, como critério de julgamento, menor preço global e menor preço por lote. Os dois critérios são incompatíveis, eis que, se há um único objeto, não se faz necessária a sua divisão em lotes, eis que não se divide o que único é. Por outro lado, se há necessidade de divisão do objeto em lotes – ou mesmo em unidades – é sinal de que o critério de julgamento não pode ser o preço global.

O edital é, portanto, anulável quanto a este aspecto, não tendo a resposta às impugnações ao edital sido elaborada pela CPL à sociedade.

De outro lado, houve, também, impugnação quanto ao item 1.4 (Qualificação Econômico-Financeira), c, do anexo III (Exigências para Habilitação) do edital, que previu:

c) Comprovação de patrimônio líquido através de capital integralizado equivalente a 7% (sete por cento) do valor estimado para contratação, conforme determina a Lei nº 8.666/93, por meio de certidão da Junta Comercial ou órgão equivalente.

Na verdade, o art. 31, § 3º, da Lei nº 8.666/93 vaticina que a comprovação do capital mínimo deve ser feita na forma da lei, à data da apresentação da proposta, admitida a atualização através de índices oficiais.

Exigiu-se a certidão simplificada emitida pela Junta Comercial, a qual demonstra, apenas, o capital social da empresa, documento inábil para

26. Antonio Augusto Rolim Araruna Neto, disponível em <http://www.carogestor.com.br>, acesso em 3.8.11.

testificar a qualificação econômica e financeira da licitante, a qual pode ser conceituada como “a disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação”.²⁷

Considerando o fato de a qualificação econômico-financeira não ser um conceito absoluto no campo das licitações, as ponderações mantidas pelas empresas, quando das impugnações ao edital, mereciam ser analisadas.

A propósito, o STJ já reputou válido edital que deixou de exigir comprovação atinente a todos os incisos do art.31 da Lei nº 8.666/93.²⁸

III. CONCLUSÕES E DEMAIS CONSIDERAÇÕES

À luz das exposições fáticas e jurídicas acima transcritas, e entendendo terem sido respon-

didados todos os questionamentos já suscitados, não resta a menor sombra de dúvidas de que o processo administrativo sob análise deve ser anulado. *Opina-se*, portanto, pela anulação do processo sob cotejo, face ao total descumprimento dos requisitos legais imperativos sobre o caso (Dec. estadual nº 3.999), sendo impossível a emissão de parecer conclusivo dessa Procuradoria convalidando o ato.

Com escusas de haver excedido o limite meramente técnico que a consulta formulava e, adentrando, um pouco, na seara administrativa, *é o que nos parece*.

Remeto às considerações superiores.

Macapá, 4 de agosto de 2011.

Guilherme Carvalho e Sousa, Procurador do Estado.

27. Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12ª ed., São Paulo, Dialética, 2008, p. 440.

28. REsp. nº 402.711/SP, rel. Ministro José Delgado, j. em 11.6.02.