



Título : PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS – RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO

Autor : Guilherme Carvalho e Sousa

DOCTRINA - 137/216/FEV/2012

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS – RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO

por **GUILHERME CARVALHO E SOUSA**

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Professor de Direitos Administrativo e Processual Civil do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Professor do curso de Pós-graduação em Direito do CEAP-AP. Bacharel em Administração de Empresas. Advogado militante, com atuação prioritária nos tribunais superiores.

Parecer nº 755/2011 NCA-PGE/AP

Processo nº 28750.000.153/2011

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.

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 ao ofício¹ da Secretária 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, é possível fazer uma análise prévia dos requisitos exigidos pela legislação pertinente à matéria.

BREVE ESCORÇO FÁTICO

A Secretaria de Estado de Desenvolvimento Rural (SDR) deflagrou processo licitatório para aluguel de veículos a fim de 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. 05, a informação de dotação orçamentária. Seguidamente, às fls. 07-08, manifestação jurídica da Assessoria Jurídica da Secretaria, sugerindo, tão somente e por óbvio, o cumprimento da Lei.

Das fls. 09-41, consta o edital com seus respectivos anexos, o qual foi impugnado pelo Mandado de Segurança nº 0022276-81.2011.8.03.0001. Nessa ação mandamental, cujo fundamento teve por objeto a violação do art. 4º, inc. 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 dos 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 como 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 e indicou 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 publicada em jornal de grande circulação. Das fls. 129-480, seguiram-se os documentos de credenciamento e os 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 essa questão, como 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; sobre eles, a comissão ficou silente, dando continuidade a um procedimento que, de antemão é possível salientar, se iniciou e transcorreu viciado.

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

Em 15.07.2011, realizou-se, então, a Sessão Pública do Pregão Presencial nº 001/2011 – SDR. Depois de 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. Negociada a redução do preço da menor oferta, o pregoeiro considerou que o valor obtido foi aceitável, diante dos 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, interuseram recurso administrativo hierárquico requerendo a reforma da decisão inabilitatória, sua classificação e a adjudicação do 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 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 a que se ocupará de responder no presente *dictamen*.

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 é 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, 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, “constatam 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:

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.⁶

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 Demonstrem 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 falta 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).

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 da advocacia pública. São ou não atos administrativos? A doutrina diverge nesse 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 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”.¹³

Nesse mesmo sentido, Garrido Falla,¹⁴ referindo-se especificamente ao ordenamento espanhol, leciona que, não obstante a resposta às consultas propostas pelos particulares perante a Administração Pública não vinculem 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, se prestam, 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 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. Eles podem ser facultativos ou obrigatórios; esses últimos podem ser 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, deve ser obrigatório no procedimento administrativo, menciona duas espécies de pareceres: o normativo e o 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 prevalece 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 o qual o ato é inválido.

Nesse mesmo sentido, o Decreto estadual nº 3.999/10 obriga a prévia avaliação, pela Procuradoria-Geral do Estado, dos procedimentos licitatórios realizados pelos órgãos da Administração Pública direta:

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 dispositivo, não se pode olvidar que, atinente à Administração Pública direta estadual, o parecer é obrigatório. Dito de outro modo, a realização de licitação e a consequente firmação do contrato administrativo pelo Estado do Amapá dependem, irremediavelmente, da manifestação da Procuradoria-Geral do Estado.

Atente-se para o seguinte fato: o Decreto estadual nº 3.999/10 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 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, manifestou-se sobre o tema. Em um primeiro momento, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24073, a Corte, adotando o posicionamento de que o parecer não é 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, no 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 opinativo, pode gerar responsabilidade solidária dos procuradores.²¹

Nesse outro julgado, mais recente (09.08.2007), a Corte Suprema empreendeu a diferenciação entre os pareceres, salientando que, em pareceres que não sejam meramente opinativos (como os emitidos pela Procuradoria do Estado do Amapá, por força do Decreto estadual nº 3.999/10), 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. Prevendo o artigo 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, no caso posto sob análise, quanto à invalidade dos atos praticados em desatenção ao Decreto estadual nº 3.999/10 e ao art. 38 da Lei nº 8.666/93.

Perceba-se que o art. 2º do referido Decreto 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 foi realizada, resta o questionamento: como proceder a partir de agora? O que fazer com a empresa vencedora do certame? Como conduzir os recursos interpostos pelas licitantes participantes do certame?

Na Administração Pública, a sanatória no processo administrativo não prescinde 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, aniquila-o 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 em atendimento aos direitos dos administrados de obter respostas sobre seus pleitos administrativos, algumas questões merecem, ainda, ser pontuadas.

Tendo em vista que a ata do pregão foi realizada em 15 de julho de 2011, sexta-feira, e considerando o início da fluência do prazo, dia 18.07.2011, segunda-feira, é crível que a finalização do prazo recursal ocorreu somente no dia 20.07.2011, quarta-feira.

Como 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 a seguir.

O edital da licitação contém cláusulas limitativas de competitividade. Todas essas cláusulas foram objeto de recurso não só pela licitante, como também por outra empresa participante 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 Decreto 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, *in verbis*:

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 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 sobre as nulidades nos Direitos Civil e Administrativo brasileiro, traça uma noção histórica dos julgados precedentes à elaboração da aludida Súmula, arrematando, com extrema precisão, que a sua redação 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 qualquer direito.

Mesmo após a edição de tal verbete sumular pelo STF, a doutrina,²⁴ à época, apregoava a possibilidade de ponderar os efeitos de um ato administrativo ilegal. Obtempere-se, contudo, que essa não é a regra. A sanatória 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 sobre o caso em 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 impossível a apresentação de uma proposta. Qual o critério de julgamento adotado no edital: menor preço global ou menor preço por lote?

Tais respostas não restaram devidamente esclarecidas no curso do processo, limitando-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 14.07.2011, o que tornou inviável, sem sombra de dúvidas, a manifestação de qualquer dos participantes.

Ora, no edital, não ficou claro se o critério de julgamento seria o menor preço por lote ou 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, inc. I, da Lei nº 8.666/93 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.

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

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 é necessária a sua divisão em lotes, pois não se divide o que é único. 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 nesse aspecto, e a resposta às impugnações ao edital não foi elaborada pela CPL à sociedade.

De outro lado, houve também impugnação quanto ao item 1.4 (Qualificação Econômico-Financeira), alínea “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 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 por meio de índices oficiais.

Exigiu-se a certidão simplificada emitida pela Junta Comercial, a qual demonstra apenas o capital social da empresa, documento inábil para testificar as qualificações econômica e financeira da licitante, e que 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

CONCLUSÕES E DEMAIS CONSIDERAÇÕES

À luz das exposições fáticas e jurídicas transcritas, e entendendo terem sido respondidos todos os questionamentos 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 (Decreto estadual nº 3.999/10), sendo impossível a emissão de parecer conclusivo desta 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.

Como citar este texto:

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Prestação de serviços de locação de veículos – Recurso administrativo hierárquico. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 216, p. 137-144, fev. 2012.

¹ Ofício nº 438/2011 – GAB/SDR.

² Memo nº 007/2001 – Und. Adm./SDR.

³ Ofício nº 01/2011 – ASSEJUR/SDR.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 197.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.

⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 21, p. 1425-1431, nov. 2002.

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

⁹ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. vol. I. Lisboa: Almedina, 1997. p. 438.

¹⁰ Exemplificativamente, art. 38, inc. VI, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 42, § 1º, da Lei nº 9.784/99. Além desses, art. 2º do Decreto 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.

¹² PINHEIRO DE AMORIM, Gustavo Henrique. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: BOLZAN. *Leituras complementares de direito administrativo*. Salvador: Podivm, 2008. p. 248-249.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 287.

¹⁴ FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. volumen I, Parte General. Novena Edición. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 622.

¹⁵ ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 486.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 197-198.

¹⁷ *Ibid.*, p. 198.

¹⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 12 maio 2011.

¹⁹ ARAÚJO, Edmir Netto. *Op. cit.*, p. 486.

²⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>>. Acesso em: 12 maio 2011.

²¹ MONTEIRO, Vera. Responsabilização de agente público, autor de parecer jurídico, pelo TCU – Análise do posicionamento do STF. *Interesse Público – Revista bimestral de direito público*. v. 10, n. 49, p. 53-63, p. 60, maio/jun. 2008.

²² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2141808>>. Acesso em: 12 maio 2010.

²³ HORBACH, Carlos Bastide. *Nulidades no direito civil e no direito administrativo: experiência brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 235-241.

²⁴ Nesse sentido: SEABRA FAGUNDES, Miguel de. Revogação de licença para construir – Direito à indenização. *Revista de Direito Público*, v. 16. De igual modo, REALE, Miguel. *Revogação e anulação dos atos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

²⁵ Fls. 114 do processo.

²⁶ ARARUNA NETO, Antonio Augusto Rolim. Disponível em: <http://www.carogestor.com.br/gcbeeweb/modulos/conteudo/img/do_criterio_de_julgamento_menor_preco_por_lot_e_foto1-710_1.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2011.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 440.

²⁸ STJ, REsp nº 402.711/SP, Rel. Min. José Delgado, j. em 11.06.2002.