

Processo nº 8524456-70.2023.8.06.0000

Interessado: Secretaria de Administração e Infraestrutura

Assunto: Análise da possibilidade de anulação da Concorrência Pública nº 05/2023.

PARECER

I – RELATÓRIO

Cuida-se, no presente caso, de processo administrativo acima identificado, para análise e considerações quanto à possibilidade de anulação parcial da Concorrência Pública nº 05/2023, cujo objeto é a “*contratação de empresas especializadas em engenharia para execução das obras de construção dos Novos Fóruns de Icó (Lote 1), Quixeramobim (Lote 2), Cascavel (Lote 3) e Aracati (Lote 4)*”.

De início, informamos que a Samfer Empreendimento e Engenharia Ltda. sagrou-se vencedora do Lote 2, tendo sido firmado o Contrato nº 03/2024 entre a empresa e o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (fls. 4264/4331) para execução das obras de construção do Novo Fórum de Quixeramobim.

Entretanto, no decorrer da Concorrência Pública nº 09/2023, cujo objeto é a execução da obra de reforma e ampliação do Fórum de Juazeiro do Norte, a citada empresa, também participante, foi desclassificada por apresentar informações não condizentes com a realidade de fato, e, portanto, não ter preenchido os requisitos estabelecidos para qualificação técnico-operacional.

Por conseguinte, a Gerência de Engenharia e Arquitetura, através do Memorando nº 177/2024/GEA (fls. 4370/4371), atestou que a empresa SAMFER utilizou os mesmos documentos com informações infíeis na Concorrência Pública nº 05/2023.

Assim, a Gerência de Engenharia e Arquitetura sugeriu a desclassificação da licitante SAMFER EMPREENDIMENTOS E ENGENHARIA LTDA do Lote 2 da Concorrência Pública nº 05/2023, em razão do não atendimento à qualificação técnica exigida no edital da supracitada contratação.

Sob essa perspectiva, a Consultoria Jurídica, por meio do Despacho de fls. 4377/4379, primando pela ampla defesa e pelo contraditório perante o devido processo legal, sugeriu a concessão de oportunidade de manifestação à empresa quanto ao constatado pela Gerência de Engenharia e Arquitetura no Memorando nº 177/2024/GEA.

Nesse sentido, a Coordenadoria de Central de Contrato e Convênios desta Corte, mediante a NOTIFICAÇÃO Nº 111/2024/CCCC de fls. 4381/4405, notificou, em 22/05/2024, a empresa Samfer para apresentar defesa, caso julgue pertinente, no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis.

Ressalta-se que até o presente momento não há nenhuma manifestação da empresa Samfer Empreendimento e Engenharia Ltda.

Eis um breve relatório. Cumpre-nos opinar.

II – DELIMITAÇÃO DO PARECER JURÍDICO

De início, vale ressaltar que, por meio deste parecer, serão analisados apenas aspectos jurídicos, eis que não cabe a esta Consultoria Jurídica valorar a conveniência e oportunidade da anulação da Concorrência Pública nº 05/2023 em si, sob pena de usurpação da competência discricionária que é própria do Administrador Público no exercício de seu mister constitucional.

Firmada essa breve premissa, passamos, no tópico seguinte, ao exame da anulação pretendida, com o fito de verificar sua consonância com os princípios e normas legais que lhes são pertinentes.

III – ANÁLISE JURÍDICA

Constata-se, conforme dito anteriormente, que a empresa SAMFER EMPREENDIMENTOS E ENGENHARIA foi declarada vencedora do Lote 2 da Concorrência Pública nº 05/2023, já tendo sido, inclusive, firmado o Contrato nº 03/2024.

Para tanto, cabe destacar, que o procedimento licitatório seguiu de forma regular, com análise e parecer positivo quanto ao preenchimento de habilitação técnica (fls. 441 do Processo 8527141-50.2023.8.06.0000) e, ao fim, homologação do certame e adjudicação do objeto à referida empresa.

No entanto, após a verificação de incongruências documentais em outra licitação, também deste Tribunal, em que a empresa participava, a Gerência de Engenharia e Arquitetura, através do Memorando nº 177/2024/GEA (fls. 4370/4371), atestou que a empresa SAMFER se valeu de documentos com informações não condizentes com a realidade na Concorrência Pública nº 05/2023.

Dessa forma, a Gerência de Engenharia e Arquitetura sugere a desclassificação da SAMFER EMPREENDIMENTOS E ENGENHARIA do Lote 2 da Concorrência Pública nº 05/2023, haja vista o não atendimento à qualificação técnica exigida no Edital:

Lei 14.133/21

Art. 59. Serão **desclassificadas** as propostas que:

I - **contiverem vícios insanáveis;**

II - **não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;**

III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

V - **apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.**

É de se ressaltar, que, não tendo esta Consultoria Jurídica conhecimento quanto as especificidades técnicas, presume-se, aqui, higidez do posicionamento da área detentora desse conhecimento no tocante a verificação realizada.

Dito isto, cabe, neste momento, destacarmos as fases e procedimentos determinados pela Lei de Licitações e Contratos (14.133/21) para a regular contratação:

Art. 17. **O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:**

I - preparatória;

- II - de divulgação do edital de licitação;
- III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV - de julgamento;
- V - de habilitação;**
- VI - recursal;
- VII - de homologação.**

Sendo assim, considerando que a licitação em tela já se encontra homologada, observa-se que a fase de desclassificação da empresa em razão do descumprimento aos requisitos de habilitação técnica, conforme requerido pela Gerência de Engenharia e Arquitetura, já transcorreu.

Entretanto, levando em conta que a empresa apresentou documentação com informações comprovadamente falsas, o ato praticado torna-se ilegal e, portanto, passível de anulação, ainda que após a adjudicação do objeto e homologação do certame, visto que este último feito não teria o condão de convalidar o ato nulo.

Nesse sentido, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, perante a relatoria da Ministra Eliana Calmon¹:

1. No procedimento licitatório, a homologação é o ato declaratório pelo qual a Administração diz que o melhor concorrente foi o indicado em primeiro lugar, constituindo-se a adjudicação na certeza de que será contratado aquele indicado na homologação.
- 2. Após a adjudicação, o compromisso da Administração pode ser rompido pela ocorrência de fatos supervenientes, anulando o certame se descobertas ilicitudes ou revogando-o por razões de conveniência e oportunidade.**
3. Na anulação não há direito algum para o ganhador da licitação; na revogação, diferentemente, pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado pelas despesas realizadas.

(MS 12.047/DF, 1ª S., rel. Min. Eleiana Calmon, j. em 28/03/2007, Dje de 16/14/2007)

É importante ressaltar, ainda, que a anulação de ato ilegal é um poder-dever da Administração Pública, que no exercício do poder de autotutela, poderá reconhecer que praticou ato contrário ao direito vigente, e diante de tais irregularidades, anulá-los.

O princípio da autotutela fundamenta-se no princípio da legalidade administrativa, pelo qual se entende que a Administração Pública só poderá agir dentro da juridicidade, então, os atos eivados de ilegalidade, em regra, devem ser revistos e anulados, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico.

¹ Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8952526/inteiro-teor-14121971>

Nas lições do Mestre José dos Santos Carvalho Filho, na sua Obra “Direito Administrativo e Administração Pública”, 17ª edição, p. 27:

“[...] Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício. Aliás, não lhe compete apenas sanar as irregularidades; é necessário que também as previna, evitando-se reflexos prejudiciais aos administrados ou ao próprio Estado.

Registre-se, ainda, que a autotutela 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”.

Nesse passo, a Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, de aplicação subsidiária aos estados, nos norteia no seguinte sentido:

LEI 9.784/99

CAPÍTULO XIV

DA ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO

Art. 53. **A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade**, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Acrescente-se, também, que o poder de autotutela conferido à Administração Pública foi materializado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, na qual informa que *“a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou*

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

No caso em tela, a documentação com informações inverídicas apresentada pela Samfer foi fundamental para induzir a Gerência de Engenharia e Arquitetura a atestar sua qualificação técnica para a execução do objeto da Concorrência Pública Nº 05/2023 - LOTE 2, visto que sem tais comprovações, a licitante seria declarada desclassificada, conforme exposto acima.

Logo, o ato administrativo de habilitação foi efetivado considerando os dados da documentação viciada, razão pela qual, a princípio, cabe a anulação do referido ato e tornados sem efeito todos os subsequentes que dele dependam, retornando o certame à fase de julgamento e habilitação para o regular prosseguimento.

Nessa perspectiva, o TCU² apontou, ainda na vigência da Lei 8.666/93 mas com entendimento cabível para 14.133/21, que ***“é possível a anulação parcial de procedimento licitatório, com o aproveitamento dos atos que não tenham sido maculados pelo vício”*** (Acórdão 2253/2011-TCU-Plenário).

Com base nesse entendimento, a Corte de Contas ponderou 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 e retomar o certame no momento imediatamente anterior ao ato ilegal, em analogia ao art. 4º, inciso XIX, da Lei 10.520/2002. No primeiro caso, oportuniza-se a correção de todas as falhas encontradas a licitação. No segundo, aproveita-se parte dos atos nela praticados, diminuindo o comprometimento das atividades essenciais de quem contrata. (Acórdão 3092/2014 – Plenário)”***. (Grifamos.)

Em vista disso, vejamos o que a vigente lei de regência dispõe sobre a possibilidade de a autoridade competente anular a licitação por razões de ilegalidade, in verbis:

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;

II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;

III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.

² TCU, Acórdão nº 637/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU de 19.04.2017.

§ 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

§ 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado.

§ 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.

§ 4º O disposto neste artigo será aplicado, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação. (Grifo nosso)

Neste ponto, destacamos a distinção que o renomado doutrinador Marçal Justen Filho faz quanto aos diversos regimes jurídicos de nulidade na Nova Lei de Licitações:

O art. 71 disciplina a atividade administrativa desenvolvida a etapa final da licitação, em momento anterior ao aperfeiçoamento do contrato administrativo. **Já o art. 147 versa sobre a identificação de defeito apto a produzir a invalidade de um contrato já aperfeiçoado e, eventualmente, em curso de execução.**

(Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas / 2ª ed – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023)

Em razão disso, observemos a regulamentação no que se refere à declaração de nulidade quando realizada posteriormente à fase de homologação:

Art. 147. **Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:**

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

Considerando o mandamento legal acima, depreende-se que a anulação dependerá, além da impossibilidade de saneamento do ato, da análise prévia quanto ao interesse público da anulação, levando em conta, dentre outros, os fatores indicados nos incisos do art. 147 da Lei 14.133/21.

Esta é, também, a orientação estabelecida na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), na qual determina-se que, na esfera administrativa, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo estar demonstrada a necessidade e adequação da invalidação do ato, inclusive em face das possíveis alternativas.

Avançando, o parágrafo único do art. 147 informa que caso a anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização, sem prejuízo da apuração da responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Portanto, vemos que a anulação da licitação é medida excepcional, adotada após ser considerada a viabilidade de saneamento do ato maculado, bem como realizado um juízo de ponderação com as possíveis implicações da nulidade.

Dessa forma, diante da prática do ato viciado que resultou na habilitação técnica da empresa SAMFER, para declarar sua nulidade, deve-se considerar, conforme art. 147 da Lei 14.133/21, primeiramente a possibilidade de saneamento e, em caso de impossibilidade, devem ser previamente avaliadas as diversas consequências da anulação.

Em relação à hipótese de saneamento, a Lei 9.784/99 já trazia a possibilidade da Administração Pública convalidar atos administrativos nos quais se verifiquem a ocorrência de defeitos sanáveis:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Assim, se o ato tido inicialmente por inválido não acarretar lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiro, ele poderá ser convalidado e, portanto, tornado válido desde o momento da sua prática (efeito ex tunc).

Vejamos o ato praticado pela empresa, conforme atestado pela Gerência de Engenharia e Arquitetura (fls. 4370/4371):

Informamos que a licitante SAMFER EMPREENDIMENTOS E ENGENHARIA LTDA apresentou o atestado na forma de Certidão de Acervo Técnico (CAT) nº 319748/2023 nas seguintes licitações:

a) Lote 2 da Concorrência Pública nº 05/2024 (Construção do Novo Fórum de Quixeramobim), à fls. 39 a 43 do PA nº 8527141-50.2023.8.06.0000.

b) Concorrência Pública nº 09/2024 (obra de Reforma e Ampliação do Fórum de Juazeiro do Norte), à fls. 3752 a 3756 do PA nº 8515027-79.2023.8.06.0000;

Ressaltamos que a Gerência de Engenharia e Arquitetura, através do Parecer Técnico nº 07/2024 (fls. 62 a 73 do PA nº 8500645-47.2024.8.06.0000) constatou que o supracitado atestado (CAT nº 319748/2023) apresenta informações que não condizem com o que foi aferido no local da obra.

Diante do relatado, constata-se que a empresa inseriu informações inautênticas no documento de habilitação técnica, visando obter aprovação quanto aos requisitos exigidos para tornar-se vencedora da licitação.

Nesses termos, entendemos que a ilegalidade conduta é de natureza grave, frontalmente violadora dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e probidade, ofendendo, inclusive, a isonomia estabelecida com os outros licitantes e, ao final, ao interesse público.

Assim sendo, percebe-se que a atitude da empresa insulta o interesse público e causa prejuízo a terceiros – licitantes classificados com chances de habilitação, razão pela qual, salvo melhor juízo, não vislumbramos possibilidade de saneamento.

Superado este cenário, a autoridade deverá, no limite do seu poder discricionário, avaliar as repercussões efetivas da declaração de nulidade, ponderando os efeitos positivos e negativos da decisão, dentre outros, sob os aspectos indicados no art. 147, para só então optar pela medida que se revele mais favorável ao interesse público.

Nesse sentido, observa-se a possibilidade de anulação parcial da licitação, a partir da irregularidade, seguida da retomada regular do procedimento, permitindo a correção do processo sem a necessidade de iniciar uma nova licitação, economizando tempo e recursos,

em prestígio aos princípios da economicidade, celeridade e eficiência, insculpidos no art. 5º da Lei 14.133/21.

Essa medida garante, além de punição razoável à empresa desleal, a obtenção do objeto do contrato de forma legal e eficiente, preservando o interesse público e a integridade do procedimento licitatório.

Sob essa perspectiva, deve-se ter em mente que a decisão na esfera administrativa que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar, de modo expreso, suas consequências jurídicas e administrativas, conforme adverte o art. 21 da LINDB.

Nestes termos, a decisão de anulação deverá informar que todos os atos subsequentes à apresentação da documentação falsa, ou seja, habilitação, adjudicação, homologação e até mesmo o contrato firmado, serão tornados sem efeitos. Por conseguinte, desclassificada a empresa fraudadora, deverá ser retomada a licitação a partir deste momento, para o regular prosseguimento.

Sugerimos, ainda, na intenção de garantia da publicidade e da transparência do processo, que se publique o ato de anulação parcial e a retomada do procedimento licitatório nos mesmos veículos em que o edital original foi divulgado, bem como que se notifique formalmente os licitantes sobre a decisão e os próximos passos a serem seguidos.

Recomendamos, por fim, considerando a ilegalidade do ato praticado, que seja instaurado procedimento administrativo com objetivo de apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades, além das demais providências cabíveis, nos termos do art. 155 e seguintes da Lei 14.133/21.

Reforçamos que foi concedida oportunidade de ampla defesa e o contraditório, mas até o presente momento a empresa Samfer não se pronunciou (fls. 4381/4405).

V – CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, e ressaltando-se, mais uma vez, que os aspectos de conveniência e oportunidade não estão sob o crivo desta Consultoria Jurídica, entendemos ser possível, em tese, observadas as premissas legais, a anulação parcial da Concorrência Pública nº

05/2023, para que, a partir da desclassificação da empresa Samfer, seja retomado o regular procedimento de contratação.

Em paralelo, aventamos a necessidade de se instaurar procedimento administrativo visando apurar responsabilidades e aplicar penalidades em razão do ato irregular praticado, nos termos do art. 158 da Lei 14.133/21.

É o Parecer. À consideração superior.

Fortaleza/CE, 21 de junho de 2024

Luiz Fernando Marquim Nogueira Filho
Analista Judiciário

De acordo. À douta Presidência.

Cristiano Batista da Silva
Consultor Jurídico