

PARECER JURÍDICO

DA SÍNTESE DO CASO

Trata-se de análise de anulação do **PROCESSO SRP 9/2023-012FMS – PREGÃO ELETRÔNICO**. Em Ofício, a justificativa para a medida solicitada esclarece em análise aos autos, ex officio foram identificadas irregularidades insanáveis e que impedem o prosseguimento regular. Neste diapasão, citemos: O novo pregoeiro responsável pelo processo não encontrou nos autos, comprovação de publicação nos diários e nos jornais de grande circulação da data de abertura do certame, que deveria ser em 20/04/2023. Ainda nesta esteira, identificou que o edital não foi anexado no Portal do Tribunal de Contas dos Municípios. O único registro encontrado pelo pregoeiro, foi no Portal Compras Públicas. Que, houve a impugnação do edital pela empresa PROFARM COMERCIO DE MEDICAMENTOS E MATERIAL HOSPITALAR LTDA, que questionou a certidão de boas práticas. A impugnação foi acolhida e o processo republicado dia 10 de março de 2023 sem ciência e autorização do gestor competente e sem análise jurídica. Todavia, desta vez, o processo deveria ocorrer na data de 27/03/2023. Destacando ainda, que não foi feita retificação do edital com as devidas publicações de nova data nem nos diários devidos e nem nos veículos de imprensa. Em síntese, é o que há para relatar.

DO EXAME

O relato ao norte tabulado, impôs à esta assessoria o múnus de avaliar as irregularidades relatadas e ao fazer isto, de fato entendemos que assiste razão ao oficiante e o caso em si na forma como encontrado, não deixa dúvida que o seu aproveitamento seria imprestável. Ou seja, prima facie os atos relatados possam receber uma interpretação bem flexível de saneamento por conta de uma republicação regular, entendo que a mesma se efetivou de maneira ilegal, vez que os atos deveriam seguir a forma prescrita em lei.

O abandono do rito processual regular, constituiu vícios que contaminaram o deslinde do processo e são ilegais e por via de consequência, nulos. Não podem produzir efeitos e devem ser alvo das medidas administrativas pertinentes.

D'outra banda, mister salientar que a nova lei de Licitações (lei 14.133/21) não apenas supera a visão dicotômica da teoria das nulidades presentes na lei 8.666/93, como também verticaliza a análise imposta pela LINDB. O que não poderia deixar de ser valorado no caso vertente.

Como apontam Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega, em recente publicação, a nova lei de licitações materializa o que os autores chamam de "legalidade funcional", à medida que o art. 146 da nova lei impõe a obrigatoriedade de se analisar pelo menos onze requisitos no momento de se decidir ou não pela suspensão da execução ou anulação de determinando contrato. A redação do art. 146 prevê que:

Art. 146. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou anulação 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.

O que se vê da redação do dispositivo é a superação da ultrapassada teoria das nulidades contida na lei 8.666/93 pela adoção de uma teoria das nulidades que privilegia o dever de concretude em detrimento de formalismos.

A expressa permissão ao poder público de optar pela continuidade dos contratos - responsabilizando, obviamente, os particulares que derem causa às irregularidades - representa um verdadeiro destrave jurídico à situação das obras paralisadas, que nem chegarão a parar, de acordo com a redação do art. 146 da lei 14.133/21.

Não se trata, portanto, de chancela inconsequente às ilegalidades cometidas no bojo de processos licitatórios ou da execução contratual, eis que a responsabilização e aplicação de penalidades aos particulares, bem como a imposição do dever de indenizar por perdas e danos, são pressupostos para a continuidade dos contratos. O que citamos nesta oportunidade para mero entendimento das vertentes aplicáveis em situações que atraem nulidade.

Ocorre que no presente caso, os atos praticados estão tão eivados de nulidade, que se caracterizaram como insanáveis em razão da sua natureza absoluta e que afetam a continuidade do processo. Mesmo que tenha buscado retificar atos em momento posterior, as irregularidades perpetuadas não podem ser corrigidas e nem ignoradas. O que entendemos, configura hipótese de nulidade, conforme preconizado na lei.

O art. 49 da Lei Federal 8.666/93, que trata da revogação do procedimento é de uma clareza exemplar no momento em que dispõe:

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 fundamentado.

De mais a mais, a Administração Pública tem o poder-dever, com ou sem provocação, de anular o ato administrativo, sem que isso se constitua em ato de ilegalidade ou abuso de poder, lição assentada pelo STF no enunciado das Súmulas 346 e 473. Senão vejamos:

STF Súmula nº 346 - Administração Pública - Declaração da Nulidade dos Seus Próprios Atos: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

STF Súmula nº 473 - Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos: 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.

José Cretella Júnior leciona que “*pelo princípio da autotutela administrativa, quem tem competência para gerar o ato, ou seu superior hierárquico, tem o poder-dever de anulá-lo, se houver vícios que os tornem ilegais*”. O poder -dever da Administração Pública de rever seus próprios atos decorre exatamente da necessidade de resguardar o interesse público, revogando e anulando atos administrativos que, mesmo depois de praticados, se tornem lesivos aos interesses da administração

No caso em debate, como já mencionado, os atos praticados após a revogação, são ilegais e não podem ser sanados e ou aproveitados ainda que parcialmente.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, opino pela anulação do processo licitatório sob análise. São os termos.

Tucumã-PA, 17 de maio de 2023.

SÁVIO ROVENO OAB/PA 9561