

PARECER JURÍDICO

INTERESSADO: PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO DE FORMOSA DO SUL-SC.

ASSUNTO: PREGÃO PRESENCIAL N. 19/2023 (PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 115/2023). CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LIMPEZA, PINTURA, AJARDINAMENTO E OUTROS TRABALHOS. PARTICIPAÇÃO MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS. CONSIDERAÇÕES.

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de análise de processo de licitação, na modalidade de pregão presencial, visando a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de limpeza, pintura, ajardinamento e outros trabalhos.

Na data de 29/11/2023 o Município publicou o respectivo edital, cuja descrição dos serviços, a teor do Anexo I, prevê:

"CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DO RAMO PARA REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA E VARRIÇÃO MANUAL DE VIAS PÚBLICAS CENTRAIS, PINTURA DE MEIO-FIO, SERVIÇOS DE CAPINAÇÃO, ROÇADA, CORTE DE GRAMA, PODA DE ÁRVORES, AJARDINAMENTO E LIMPEZA (NA PRAÇA CENTRAL, PÓRTICOS E NOS PRÉDIOS PÚBLICOS), MANUTENÇÃO EM PRÉDIOS PÚBLICOS, MANUTENÇÃO DIÁRIA DAS MARGENS DA SC-157 (CORTE DE GRAMA, PODA DE ÁRVORES E LIMPEZA EM GERAL), MANUTENÇÃO INTERNA E EXTERNA DO CEMITÉRIO PÚBLICO MUNICIPAL, E OUTROS TRABALHOS BRAÇAIS CORRELATOS, CONFORME ORIENTAÇÃO DO MUNICÍPIO."

Após regular publicação do Edital foi realizada a respectiva sessão pública de abertura do processo licitatório, no dia 13/12/2023, às 09h00min, na sala de reuniões do paço municipal, na qual compareceram 06 (seis) empresas interessadas.

Destaca-se, a teor do que consta no processo, que após análise das propostas recebidas se classificaram para a fase de lances as empresas EDINEIA LAUREANO RODRIGUES, TEOBALDO VOGEL e LUCAS ESTEVAO MOZANER, tendo essa última ofertado o lance de menor valor.

Ato seguinte, após análise dos documentos de habilitação, a licitante FRANCIELE PIRES LTDA manifestou interesse em interpor recurso quanto a possível descumprimento do item 6.1 do Edital por parte da empresa detentora da melhor proposta, tendo sido concedido, assim, o prazo legal de 03 (três) dias para a mesma.

No entanto, após o transcurso do prazo concedido, nenhum recurso foi apresentado, tendo o Pregoeiro encaminhado o processo ao Chefe do Poder Executivo consignando que "**o vencedor do certame é MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL e o edital não previa tal participação**", ocasião em que o processo foi encaminhado à assessoria jurídica para análise e orientação quanto à decisão a ser tomada.

Feito o sintético relatório, passo a fundamentar.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

A fim de delimitar o objeto do presente parecer jurídico, imprescindível que se realize, ao menos, uma sucinta digressão em relação ao ato administrativo de homologação do processo licitatório.

Marçal Justen Filho, em sua abalizada doutrina, ensina que "a homologação envolve duas ordens de considerações, uma no plano da legalidade, outra no plano da conveniência", e, didaticamente, passa a explicar, *in verbis*:

"Preliminarmente, examinam-se os atos praticados para verificar sua conformidade com a lei e o edital. Tratando-se de um juízo de legalidade, a autoridade não dispõe de competência discricionária. Verificando ter ocorrido nulidade, deverá adotar as providências adequadas a eliminar o defeito. A autoridade superior não pode substituir-se à Comissão, praticando atos em nome próprio, substitutivos daqueles viciados. A decretação da nulidade deverá ser proporcional à natureza e à extensão do vício. Apurando vício na classificação das propostas, a autoridade superior não poderá decretar a nulidade de toda a licitação. Será reaberta a oportunidade para a Comissão efetivar nova classificação.

Concluindo pela validade dos atos integrantes do procedimento licitatório, a autoridade superior efetivará juízo de conveniência acerca da licitação. A extensão do juízo de conveniência contido na homologação depende do conceito que se adote para adjudicação [...].

Se reconhecer a validade dos atos praticados e a conveniência da licitação, a autoridade superior deverá homologar o resultado.

A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema."

No mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado assevera que **"a homologação corresponde à manifestação de concordância da autoridade, competente para assinar o contrato, com os atos até então praticados pela comissão. Essa concordância se refere a dois aspectos: à legalidade dos atos praticados pela comissão e à conveniência de ser mantida a licitação"**.

Cumprido destacar que o presente parecer visará ao exame da conformidade dos atos praticados, levando-se em consideração, caso constatada alguma irregularidade, a natureza e extensão do vício quando for recomendada a homologação, o saneamento de algum ato, bem como a eventual anulação do certame.

O objeto do presente parecer jurídico encerra o exame, no plano da legalidade,¹ dos atos procedimentais realizados na fase externa da licitação, sem prejuízo da verificação de atos da fase interna que tenham incidência.

No curso da presente análise, afigura-se de extrema utilidade a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, in Curso de Direito Administrativo, 8ª edição, Editora Fórum, pgs. 483/484, que ensina o seguinte acerca de vícios em atos que integram o procedimento licitatório:

"(...) Existem três modalidades de 'sanções' para vícios de atos ocorridos no curso da licitação.

Em uma ordem crescente de gravidade da sanção, pode-se aludir primeiramente à mera irregularidade. Verifica-se quando a ofensa ao dispositivo normativo seja inapta a acarretar lesão ao interesse público ou particular. (...) A simples irregularidade não produz reflexos sobre a validade da licitação.

Em segunda ordem de cogitação, encontra-se a anulabilidade. Esse vício ocorrerá quando houver ofensa a regra de tutela do interesse privado dos participantes na licitação. Enquanto tal, o vício apenas será pronunciável mediante provocação do interessado (titular do interesse ofendido). No seu silêncio ou omissão, a pronúncia do vício se inviabiliza, sendo acobertada por uma espécie de preclusão administrativa.

Em terceiro plano, há a nulidade propriamente dita. Caracteriza-se na ofensa à regra que tutele o interesse público. Nessa óptica, o vício deverá ser pronunciado de ofício pela Administração Pública.

A definição da natureza do interesse tutelado depende do cotejo da norma especificamente examinada com os princípios norteadores da atividade administrativa e da licitação. Deve-se examinar se a norma orienta-se à consecução do interesse público ou retrata tutela ao interesse privado dos licitantes."

Nessa linha de orientação, caso não sejam atendidas as prescrições legais, tratando-se de atos insanáveis e que malfirmam o interesse público, o parecer recomendará a invalidação dos atos específicos glosados ou de todo procedimento.

Havendo irregularidades sanáveis, o processo segue ao Setor de Compras, Contratos e Licitações Públicas para, querendo, corrigir as não conformidades, retornando à essa assessoria quando as exigências forem integralmente cumpridas. Na hipótese do descumprimento de condições de menor relevo ou de fácil enfrentamento, o parecer pela homologação será condicional à correção e ao preenchimento dos elementos apontados como insuficientes, sendo o caso.

¹ Fala-se em plano da legalidade, visto caber à autoridade competente deliberar acerca da conveniência ou oportunidade da contratação.

Por outra banda, atos maculados por irregularidades que não comprometam a validade do certame ensejarão reprimendas, com o propósito de se evitar a sua sedimentação em futuras licitações.

Na contratação pública posta, a autoridade administrativa, os agentes públicos envolvidos e os licitantes obrigam-se, notadamente, a observar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e os princípios que informam os certames licitatórios, sem ignorar, ainda, os ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Conseqüentemente, a observância dos requisitos e das exigências estabelecidas nos princípios e normas acima aventadas será objeto do exame que segue.

Feitas as considerações iniciais, passa-se ao exame de estilo.

Preliminarmente, cumpre referir que o procedimento em análise encontra-se devidamente autuado e protocolado. Não encontra-se numerado, porém, em observância ao exigido pelo art. 71, inciso I, da Lei n.º 14.133/2021, embora represente mera irregularidade, não ensejadora de nulidade, deve(m) o(s) servidor(es) responsável(eis) pela formalização dos processos administrativos realizarem a devida numeração das páginas.

Ultrapassada esta questão, passa-se à análise de mérito.

Consoante se verifica, a presente contratação busca, em última análise, à formalização de contrato administrativo de prestação de serviço de limpeza, pintura, ajardinamento e outros trabalhos, tendo sido adotada a modalidade pregão por tratarem-se de serviços comuns.

Ocorre que, em que pese a estreita observância de todas as etapas previstas no edital, desde a sua publicação até o encerramento da fase de recursos, foi consignado ao final pelo pregoeiro, quando do encaminhamento do processo a autoridade competente para homologação, que **"o vencedor do certame é MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL e o edital não previa tal participação"**.

Neste contexto, num primeiro momento, o simples fato do edital não prever expressamente o termo **"microempreendedor individual"** não seria óbice para a sua regular participação no certame, assim como ocorreu, uma vez que o edital, no subitem 3.3 prevê a possibilidade de os licitantes usufruírem dos benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006 e suas alterações, senão vejamos:

"3.3. A microempresa ou empresa de pequeno porte, que tenha intenção de usufruir dos benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006 e suas alterações deverá apresentar, no momento do credenciamento e fora dos envelopes n.ºs 01 e 02, Certidão Simplificada emitida pela Junta Comercial do Estado ou a

Certidão do Registro Civil de Pessoa Jurídica, válidas, para comprovação do enquadramento na Lei Complementar nº 123/2006."

Assim, eventual afastamento de microempreendedores individuais do presente certame, pela simples ausência da terminologia no subitem acima transcrito poderia configurar não só excesso de formalismo, mas, principalmente, clara afronta aos princípios da legalidade e igualdade aplicáveis todas as contratações públicas.

De outro lado, ao se analisar a demanda da municipalidade e, sobretudo, o disposto na minuta contratual constante no Anexo VII do Edital, verifica-se a total pertinência da observação feita pelo pregoeiro ao final do procedimento.

Isso porque, o disposto na cláusula primeira da minuta contratual e a própria demanda em si são incompatíveis com a prestação de serviços por microempreendedores individuais notadamente ante a exigência constante no subitem 1.2 abaixo, senão vejamos:

"CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

1.1. O presente contrato tem por objeto **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LIMPEZA, PINTURA, AJARDINAMENTO E OUTROS TRABALHOS, conforme descrição abaixo: "SERVIÇOS DE LIMPEZA E VARRIÇÃO MANUAL DE VIAS PÚBLICAS CENTRAIS, PINTURA DE MEIO-FIO, SERVIÇOS DE CAPINAÇÃO, ROÇADA, CORTE DE GRAMA, PODA DE ÁRVORES, AJARDINAMENTO E LIMPEZA (NA PRAÇA CENTRAL, PÓRTICOS E NOS PRÉDIOS PÚBLICOS), MANUTENÇÃO EM PRÉDIOS PÚBLICOS, MANUTENÇÃO DIÁRIA DAS MARGENS DA SC-157 (CORTE DE GRAMA, PODA DE ÁRVORES E LIMPEZA EM GERAL), MANUTENÇÃO INTERNA E EXTERNA DO CEMITÉRIO PÚBLICO MUNICIPAL, E OUTROS TRABALHOS BRAÇAIS CORRELATOS, CONFORME ORIENTAÇÃO DO MUNICÍPIO.**

1.2. Os serviços descritos no subitem 1.1 deverão ser executados por, no mínimo, 03 (três) empregados, devidamente equipados e uniformizados, de segunda à sexta-feira, das 7h30min às 11h30min e das 13h30min às 17h30min.

1.3. A licitante vencedora deverá dispor de 01 (um) veículo utilitário e fornecer os equipamentos e os ferramentais necessários à execução dos serviços, como sacos de lixo, enxada, foice, roçadeiras, lava jatos, carrinho de mão, telas de proteção, rastel e vassoura para a realização dos serviços, bem como sinalização viária no trecho em que os trabalhos estão sendo executados. Todos os equipamentos, insumos e ferramentas (furadeira, serra mármore, esmerilhadeira) necessárias para desenvolver os serviços serão de responsabilidade da contratada.

1.4. A destinação final de todos os materiais recolhidos será de responsabilidade da contratada, em local adequado de acordo com as leis vigentes.

1.5. A tinta, os materiais e acessórios indispensáveis à execução dos serviços de pintura de meio-fio serão fornecidos pelo Município de Formosa do Sul.

1.6. A vencedora deverá arcar com todas as despesas trabalhistas, previdenciárias e tributárias e outras de qualquer natureza, respondendo, ainda, pelos danos causados, por seus empregados, auxiliares e prepostos, ao patrimônio público de terceiros." grifou-se

Ora, nesse sentido, resta comprovado que na descrição dos serviços a serem contratados que, para atendimento da demanda do Município, são necessários no mínimo **"03 (três) empregados"** condição que é expressamente vedada aos microempreendedores individuais e que interferiu diretamente no resultado obtido no certame, não só quando da classificação para a fase de lances, mas também na possível participação de outros licitantes.

A propósito, a figura do Microempreendedor Individual - MEI, foi criada pela Lei Complementar nº 128/2008, que alterou a Lei Complementar nº 123/06 (Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte) e, segundo esse normativo, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 do Código Civil Brasileiro **"que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista"** no art. 18-A da LC nº 123/06.

Em complemento, a Resolução nº 16/2009 do Comitê para Gestor da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, dispõe em seu art. 2º que:

"Art. 2º Considera-se Microempreendedor Individual o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que atenda cumulativamente às seguintes condições:

I - tenha auferido receita bruta conforme estabelecido nos §§ 1º ou 2º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 2006;

II - seja optante pelo Simples Nacional;

III - exerça tão somente atividades permitidas para o Microempreendedor.

Individual conforme Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional;

IV - não possua mais de um estabelecimento;

V - não participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador;

VI - possua até um empregado que receba exclusivamente um salário mínimo ou o piso salarial da categoria profissional." grifou-se

Logo, diante da norma vigente, admite-se que houve equívoco. Ou seja, essa Assessoria Jurídica reconhece que quando da análise da minuta do edital deixou de perceber que a descrição constante non subitens da cláusula primeira da minuta contratual deveriam ter constado expressamente na descrição do objeto do edital, inclusive com a possível inclusão de disposição prevendo a vedação da participação de microempreendedores individuais.

Ora, sabe-se que o administrador público, no uso do poder discricionário, deve ter como escopo a preservação do interesse público, jamais o individual.

Emerson Garcia em sua obra "Discricionariedade Administrativa" (2005, p.50), ensina que:

"A ação discricionária do administrador deve ser construída a partir da interpretação jurídica não só da norma legal que outorga a sua competência, mas também de todo o conjunto de princípios e normas que constituem o ordenamento jurídico em que ela se insere."

Também é importante ressaltar que a ordem jurídica confere aos agentes públicos certas prerrogativas para que cumpram seu papel institucional, buscando sempre as melhores escolhas para a consecução dos fins públicos.

Essas prerrogativas são outorgadas por lei, sendo atos discricionários aqueles que a administração dispõe de uma razoável liberdade de atuação, estabelecendo os motivos da escolha, como é o caso da decisão de exigir, no mínimo, 03 (três) funcionários da empresa contratada para se atender satisfatoriamente a demanda existente.

Nesse sentido, embora não conste expressamente na descrição do objeto do presente certame a exigência dos 03 (três) funcionários para atendimento dos serviços, a demanda da municipalidade em si e a própria minuta do contratual exigem tal condição para que sejam atendidas as necessidades, caracterizando-se tal situação como um vício insanável presente caso.

Em outros termos, se por um lado os microempreendedores individuais que compareceram ao certame não tinham como de pronto identificar a exigência de, no mínimo, 03 (três) empregados, por não ter constado expressamente na descrição do objeto tal requisito, também a Administração não está obrigada a aceitar situações que contrariem a legislação correlata aplicável e não satisfaçam suas necessidades e que, por isso, malfirmam o interesse público.

Dessa forma, tratando-se de atos insanáveis e que podem vir a malferir o interesse público em caso de prosseguimento, não resta outra solução senão a de recomendar a revogação do certame.

Por fim, destaca-se que, em regra, a revogação dos atos administrativos tem efeito *ex tunc* (retroativo), posto que as irregularidades não se convalidam pelo transcurso do tempo. Isso significa que as relações jurídicas serão desfeitas e as partes retornarão ao *status quo ante*.

Tendo em vista a possibilidade de ocorrência de casos como o presente, o legislador já dispôs sobre no art. 49 e parágrafos, da Lei Federal n. 8.666/1993, vide:

"Art. 49 - A autoridade competente para aprovação do procedimento somente poderá revogar 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.

§ 1º - A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. (...)

§3º - No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa. (...)"

A referida norma demonstra a tentativa do legislador em compatibilizar a necessidade de proteção da legitimidade/legalidade dos atos administrativos com o princípio constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF/1988). Pois bem, entende-se perfeitamente aplicável a referida norma por analogia ao presente caso, a fim de garantir a efetividade dos direitos acima elencados.

Ademais, antes da Administração Pública celebrar qualquer contrato, observou-se a existência de situação impeditiva no processo, assim, pela documentação anexa ao procedimento em escopo, depreende-se pela necessidade de revogação deste.

Cumprido levar-se em consideração o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal, quando este editou a Súmula nº 473, cujo teor diz, como lê-se abaixo:

"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."

Ademais, tendo em vista o momento em que é verificada a necessidade de revogação no procedimento, a saber, antes de se celebrar qualquer contratação, não se enxerga a necessidade de se permitir a manifestação de empresa que eventualmente seria contratada, não havendo o que se falar em desrespeito aos princípios do contraditório e ampla defesa previstos na Constituição Federal.

Esta é a compreensão expressada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, como se pode observar pela leitura do julgado que abaixo, a saber:

"ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO - REVOGAÇÃO - CONTRADITÓRIO. 1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público. 2. Avaliação,

pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado. 3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido. 4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. 5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado. 6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório. 7. Recurso ordinário não provido." (STJ, ROMS nº 200602710804, Rel. Eliana Calmon, DJE de 02.04.2008.)

Pelas razões acima, depreende-se que, caso a Administração entenda por revogar o procedimento, este ato terá total guarida na legalidade.

3. CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, uma vez constatada a existência de vício insanável quanto à constituição e conseqüente realização do processo licitatório em questão, nos termos da fundamentação exposta, opina-se pela sua revogação.

Por fim, cientifique-se a autoridade superior e o Setor Compras, Contratos e Licitações Pública quanto ao teor deste parecer, notadamente quanto às recomendações exaradas.

Formosa do Sul, SC, em 20 de dezembro de 2023.

Anderson Tissiani Vedana
Advogado - OAB/SC 24.031