



Acórdão 00407/2021-7 - 1ª Câmara

Processo: 05777/2020-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMC - Prefeitura Municipal de Colatina

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: M S CONSTRUTORA EIRELI

Responsável: SERGIO MENEGUELLI, NAIRA PAULINO MENDONCA

Procuradores: ALESSANDRA DE FREITAS ASSIS SILVA (OAB: 27407-ES), MARINA SCHUWARTEN FURBINO DE PINHO (OAB: 33916-ES), MATEUS SCARDUA (OAB: 28722-ES), WILSON MENDONCA ALVES (OAB: 29107-ES), EDUARDO DALLA BERNARDINA (OAB: 15420-ES), JULIANA POLTRONIERI CORREA (OAB: 29262-ES), ANA LUIZA REIS GARCIA (OAB: 14635-ES), SIMONE HENRIQUES PARREIRA (OAB: 9375-ES)

CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE COLATINA – TOMADA DE PREÇOS Nº 038/2020 – REVOGAÇÃO DO EDITAL ANTES DA HOMOLOGAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO DA EMPRESA VENCEDORA – INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – EXTINÇÃO – ARQUIVAMENTO.

1. A legislação de regência faculta à administração revogar o certame licitatório, com base na oportunidade e conveniência, inexistindo qualquer prejuízo ao erário quando realizada antes da homologação e, por consequência, antes da contratação a que se destinava, evitando qualquer pedido futuro de indenização à

administração pelos licitantes, que eventualmente pudessem se entender prejudicados com tal medida.

2. Há perda superveniente do objeto impugnado e, conseqüentemente, a extinção do processo sem julgamento de mérito, quando supostas irregularidades são saneadas antes da concessão da medida cautelar.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação com pedido de cautelar**, formulada pela empresa **MS CONSTRUTORA EIRELI EPP**, narrando possíveis irregularidades no **Edital de Tomada de Preços nº 038/2020**, lançado pela **Prefeitura Municipal de Colatina**, tendo como responsáveis o Prefeito do Município, sr. **Sérgio Meneguelli** e a Presidente da Comissão Permanente de Licitação, **Naira Paulino Mendonça**, cujo objetivo é a contratação de empresa especializada para execução de contenção de encosta localizada na Avenida das Nações, Bairro Colatina Velha.

Em apertada síntese, relata a Representante que *foi inabilitada pela Comissão Permanente de Licitação, sob a alegação de que a mesma não teria atendido o subitem 6.4, alínea “d.1”, do instrumento convocatório, de seguinte teor:*

6.4 – Habilitação Técnica:

(...)

d.1) Concreto Projetado, consumo de 355kg/m³ ou mais de cimento, com aditivo, aplicado em superfícies verticais ou superiores, medido pelo volume aplicado.

Alega, ainda, que *a Comissão Permanente de Licitação - a despeito de qualquer motivação - subtraiu o seu direito de exercer as garantias Constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, negando-lhe a abertura do prazo recursal, a rigor do que prescreve o artigo 109, I, alínea “a”, da Lei 8.666/93.*

Por meio da **Decisão Monocrática 00977/2020-5** (peça 13), determinei a notificação dos responsáveis, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, se manifestassem acerca dos fatos narrados nesta Representação, antes da análise do pleito cautelar, nos termos do art. 125, § 3º da LC 621/2012.

Devidamente notificados, os representados apresentaram suas defesas e documentos (peças 17 a 36).

Ato contínuo, o **Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada - NCP**, elaborou a **Manifestação Técnica de Cautelar 00005/2021-7** (peça 40), apresentando a seguinte proposta de encaminhamento, verbis:

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, sugere-se o encaminhamento deste documento para o Gabinete do Conselheiro Relator para as demais providências, dentre as quais, sugere-se:

4.1 - Denegar a cautelar requerida, conforme art. 307, § 6º do RITCEES;

4.2 - Extinguir a presente representação sem resolução de mérito, nos termos do art. 310, inciso II, do RITCEES, conforme critérios avaliados, nos termos art. 177 e 177-A, também do RITCEES;

4.3 - Dar ciência as partes desse processo;

4.4 - Arquivar, nos termos do art. 330, inciso IV, do RITCEES.

O **Ministério Público de Contas**, através de **Parecer 00265/2021-4** (peça 44), da 1ª Procuradoria de Contas, da lavra do douto procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu à proposta contida na MTC supramencionada.

II. FUNDAMENTOS

Inicialmente, convém destacar que a Representação deve observar os mesmos requisitos de admissibilidade da Denúncia, previstos no art.182, parágrafo único, e art. 177 e 177-A do RITCEES.

E, nesse aspecto, transcrevo excertos da Manifestação Técnica Cautelar 00005/2021-7 (peça 40), onde destaco os pontos relevantes, em negrito, para tomar como razão de decidir, face seus jurídicos fundamentos:

Inicialmente, em relação ao inciso I, constata-se que a representação possui uma redação clara, com a indicação da suposta irregularidade ocorrida na fase de habilitação das propostas apresentadas no procedimento licitatório em tela.

A empresa denunciante - MS Construtora Eireli, alega como ilegal o procedimento adotado pela administração, no que concerne à Sessão de Habilitação 001 (fls. 05/06 da peça 33), não somente pela inconsistência de não

ter sido recebido o recurso por ela interposto, mas, principalmente, pela ausência de motivação para negar a abertura do prazo recursal às empresas inabilitadas, bem como pela ausência de renúncia expressa de todas as licitantes, quanto ao prazo recursal, em afronta ao art. 43, § 1º, e art. 109, inciso I, alínea a, ambos da Lei 8.666/93.

Em despacho fundamentado encaminhado à Procuradoria Geral do município de Colatina, a presidente da CPL, senhora Naira Paulino Mendonça, assim explica os motivos pelos quais não foi recebido o recurso administrativo impetrado pela denunciante:

A denunciante alega que a Comissão Permanente de Licitação -- a despeito de qualquer motivação -- subtraiu o direito da Denunciante em exercer as garantias Constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, negando abertura do prazo recursal, e que ao invés de fazer cumprir o ordenamento jurídico vigente, acabou optando em conceder aos licitantes um prazo de 08 (oito) dias úteis para apresentação de nova documentação. e ainda que mesmo tendo sido suprimido ilegalmente seu direito de defesa, apresentou recurso tempestivamente.

Diante do exposto acima, é de suma importância narrar que na sessão ocorrida aos 28 (vinte e oito) dias do mês de setembro de 2020 (dois mil e vinte) às 08 (oito) horas, após análise da Comissão e dos questionamentos apresentados pelos representantes legais presentes, TODAS as empresas licitantes, restaram inabilitadas.

E diante desta análise a comissão decidiu pela abertura do prazo de 08 (oito) dias úteis para a apresentação de nova documentação, conforme previsto no Art. 48. § 3º, da Lei de Nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Cumpre demonstrar que a fixação do prazo de oito dias úteis foi a DECISÃO tomada pela comissão permanente de Licitação, pois conforme previsto no Art. 48 da Lei de Licitações e Contratos, tal ato é facultado a administração, que neste caso específico foi fundamentada no princípio do aproveitamento dos aros válidos que compõem o procedimento licitatório, da economicidade, eficiência e da razoabilidade.

Quanto ao processo nº 97017/2020 protocolizado pela empresa denunciante, este foi negado provimento, pelo fato de não respeitar a fase em que se encontrava o processo, uma vez que houve uma habilitação parcial, já que a CPL, decidiu em sessão pela abertura do prazo de 08 (oito) dias úteis para apresentação de nova documentação.

Ressalta-se que na sessão supracitada, estava presente a representante legal da empresa, no qual assinou a ata lavrada em sessão, contendo tal decisão.

Este é o relato quando a abertura do prazo recurso após primeira sessão

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei Geral de Licitações - Lei Federal nº 8.666/93 - traça as regras básicas do procedimento licitatório, estabelecendo alguns princípios jurídicos que o norteiam (art. 3º), dentre os quais se destacam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a igualdade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo das propostas, admitindo a aplicação de outros que

Ihe são correlatos, fato que, por certo, não exclui a incidência dos princípios do aproveitamento, sempre que possível, dos atos válidos que compõem o procedimento licitatório, da economicidade, eficiência e da razoabilidade.

O entendimento inicialmente adotado pela Comissão Permanente de Licitação permite a renovação das documentações. consoante que dispõe o art. 48, § 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas

§ 3º Quando todos os licitantes forem habilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso do convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

Destarte é possível observar que a Lei Federal nº 8.666/93 previu, no artigo 48, no § 3º, hipóteses de habilitação parcial e total das propostas apresentadas pelos licitantes, estabelecendo a imediata consequência que pode ser adotada pelo administrador público (...).

Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e ritos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. (MEDAUAR. 2000. p. 2 14).

Portanto o recurso protocolizado pela denunciante, não respeitou a fase em que se encontrava o processo, uma vez que houve uma habilitação parcial, já que a CPL, conforme o artigo 48. § 3º da Lei Geral de Licitações, decidiu em sessão a abertura do prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentação da nova documentação. Sendo este recurso julgado conseqüentemente como intempestivo.

É importante observar que o artigo 48, § 3º da Lei Geral de Licitações enuncia um importante objetivo a ser tutelado pela Administração Pública: garantir a celeridade e a economia dos atos que compõem um procedimento licitatório.

Nota-se que o art. 48, § 3º da Lei de Licitações respeita o princípio da isonomia, na medida em que não impõe discriminação prévia ou posterior a possíveis licitantes e àqueles que se aventuraram a participar do certame e, por consequência, não discrimina qualquer licitante, na medida em que faculta a todos os participantes a possibilidade de afastar os vícios detectados.

Desta forma o entendimento da Comissão encontra-se em consonância com o princípio da igualdade, da competitividade e com a interpretação de que o maior número possível de interessados enseja a obtenção de bens e serviços de acordo com os interesses da Administração.

Terceiro fato retratado: A empresa denunciante afirma que ocorreu a inobservância do artigo 43, § 1º, da lei de licitações, e que tal fato acaba eivando de vício o processo administrativo, apto, inclusive, a anular o procedimento.

Afirma ainda que a questão posta para apreciação deste TCEES é deveras simples, isto é: ou todos os licitantes estão presentes e

assinam um tempo de renúncia abrindo mão do direito recursal; ou, se um não assinar, ou se estiver ausente, é dever da Administração abrir o prazo recursal.

Ora, a denunciante afirmou de forma displicente que a Comissão não observou o Art. 43, § 1º, da lei de licitações, pois ao analisar ata da primeira sessão, como já mencionado, a comissão decidiu pela abertura do prazo de 8(oito) dias úteis para apresentação da nova documentação, desta forma o recurso protocolizado pela empresa não respeita a fase em que se encontrava o processo, uma vez que houve uma habilitação parcial.

Ressalta-se que na segunda sessão, conforme lavrado em ata, por não haver a presença de todos os representantes das empresas na sessão de licitação, com fulcro no Art. 109, inciso I, alínea "a", da Lei Federal n' 8.666/93, bem como em razão da exigência de renúncia expressa de todos os licitantes a qualquer recurso contra o julgamento da habilitação, a comissão procedeu com a abertura do prazo de 05 (cinco) dias úteis para eventual interposição de recurso.

Destaca-se que a empresa denunciante não apresentou recurso na fase correta uma vez que aberto o prazo recursal, a mesma não realizou nenhum protocolo neste Município.

Existe a necessidade de esclarecer fatos que não foram narrados na denúncia apresentada. Aberto o prazo recursal a empresa AMF ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA protocolizou tempestivamente o processo n' 097997/2020, apresentando recurso administrativo quanto a decisão da comissão de inabilitá-la na sessão 001, conseqüentemente na sessão 002, já que a mesma não apresentou nova documentação.

Após recebimento do processo supracitado, a comissão encaminhou as empresas licitantes, o recurso administrativo apresentado pela empresa AMF ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA, porém não houve apresentação de contrarrazões. Subentendendo que as demais empresas licitantes concordavam com o recurso apresentado.

A comissão, ao analisar pormenorizadamente, o documento apresentado pela empresa AMF ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA, concluiu que o julgamento da Comissão, na primeira sessão foi equivocada, uma vez que o documento apresentado pela empresa continha os elementos essenciais, que supriam ao esperado.

Neste diapasão, outro não foi o entendimento adotado, pela Comissão, senão a revisão dos atos praticados eivados de vício, tendo em vista a autorização conferida à Administração em decorrência do princípio da autotutela. Desta forma a comissão decidiu por:

- a) conhecer do recurso interposto pela empresa AMF ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA, julgando-o PROCEDENTE, retificando a decisão anteriormente tomada no certame licitatório, da Tomada de Preços nº 038/2020, na fase de habilitação.*
- b) decidir pela INABILITAÇÃO das empresas MS CONSTRUTORA EIRELI-EPP, SOPE SOCIEDADE DE OBRAS E PROJETOS DE ENGENHARIA LTDA e ARTT ENGENHARIA LTDA, uma vez que retroagindo a data da primeira sessão, os atos subsequentes tornaram-se NULOS.*

- c) *declarar que, uma vez satisfeitos todos os requisitos de habilitação, a empresa AMF ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA. restou habilitada.*

FUNDAMENTAÇÃO

Considerando a espécie normativa - SÚMULA 346 STF - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE DECLARAR A NULIDADE DOS SEUS PROPRIOS ATOS, ou seja, é obrigação da Administração Pública rever seus atos ao detectar vícios que os contaminem

(...)

Neste contexto, os elementos de convicção citados pelo autor como indícios de prova para caracterização da irregularidade denunciada, em atendimento ao inciso III, se restringem na omissão por parte da administração, em não fazer constar na Ata da sessão de habilitação n. 001 (fls. 05/06 da peça 33), justificativa plausível para usar da faculdade de estender o prazo por mais oito dias úteis às participantes, conforme previsto no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93, o que acarretou o alegado cerceamento do direito de recorrer, nos termos do art. 109, inciso I, alínea 'a' da LLC, ou do direito de expressamente renunciar o prazo recursal dos licitantes, conforme previsto no art. 43, § 1º da LLC.

Sobre a previsão contida no art. 48, da LLC, a lei e a doutrina claramente afirmam que, embora os incisos I e II do referido art. 48 tratem de hipóteses de inabilitação ou desclassificação parcial, o § 3º se restringe aos casos de inabilitação e desclassificação total das licitantes, senão vejamos¹:

(...)

A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, inciso XXI, determina que, ressalvados os casos previstos na legislação, as contratações de obras, serviços, compras e alienações por parte da Administração Pública devem ser precedidas de procedimento licitatório, em que se assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, de modo a permitir a seleção da proposta mais vantajosa para contratar com o Poder Público, de acordo com o critério de julgamento estabelecido na lei e adotado pelo edital, que, geralmente, leva em consideração o menor preço, a melhor técnica, ou a conjugação do menor preço com a melhor técnica, ou ainda, em caso de licitação para alienação de coisas ou para concessão de direito real de uso, do melhor lance ou oferta.

A Lei Geral de Licitações - Lei Federal nº 8.666/93 - traça as regras básicas do procedimento licitatório, estabelecendo alguns princípios jurídicos que o norteiam (art. 3º), dentre os quais se destacam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a igualdade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo das propostas, admitindo a aplicação de outros que lhe são correlatos,9 fato que, por certo, não exclui a incidência dos princípios do aproveitamento, sempre que possível, dos atos válidos que compõem o procedimento licitatório, da economicidade, eficiência e da razoabilidade.

O Estatuto acima mencionado cuida, como não poderia deixar de ser, da apresentação das propostas, da habilitação jurídica, técnica e financeira dos licitantes e, também, dos critérios e métodos de

¹ Revista de Direito Administrativo (Atlas): texto de Flávio de Araújo Willeman, pgs. 139/141 - Desclassificação de Todas as Propostas na Licitação. Interpretação do Artigo 48, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93

juízos das propostas, tudo com o fim, repita-se, de selecionar, à luz dos princípios jurídicos antes enunciados, a proposta mais vantajosa para contratar com o Poder Público.

A Lei Federal nº. 8.666/93 previu, no artigo 48, incisos I e II e no § 3º, hipóteses de desclassificação parcial e total das propostas apresentadas pelos licitantes, estabelecendo a imediata consequência que pode ser adotada pelo administrador público. Confirma-se a redação do dispositivo legal citado:

"Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido

[...]

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis." Grifamos.

Observe-se, assim, que o Estatuto das Licitações e Contratos elencou taxativamente as hipóteses em que as propostas dos licitantes poderão ser desclassificadas.

Em sendo parcial a desclassificação, o certame continua com os licitantes habilitados e classificados. Se todos os licitantes forem desclassificados, aplica-se a regra enunciada pelo § 3º do artigo 48 da Lei Federal n. 8.666/93, que vem gerando fecundas discussões em sede doutrinária e jurisprudencial.

Em primeiro lugar, deve-se dizer que o § 32 do artigo 48, acima transcrito, encerra à Administração Pública uma faculdade e não um dever. Isto é, ao administrador público caberá, à luz de critérios de conveniência e oportunidade, decidir, fundamentadamente, se, diante da desclassificação de todas as propostas, realizará outro certame ou se, ao contrário, buscará escoimar os vícios das propostas apresentadas, aproveitando-se, assim, o procedimento já em curso.

Por outro lado, torna-se importante observar, desde logo, que o artigo 48, § 3º, da Lei Geral de Licitações, enuncia um importante objetivo a ser tutelado pela Administração Pública: garantir a celeridade e a economia dos atos que compõem um procedimento licitatório. Estes são os nortes que devem guiar a correta interpretação do dispositivo legal mencionado. (grifei)

Conforme acima transcrito, nas alegações encaminhadas à Procuradoria Geral do Município de Colatina, em despacho fundamentado da presidente da CPL (peça 18, fls. 01/09), verifica-se que apesar de a mesma afirmar que houve parcial inabilitação das licitantes, tal fato não se coaduna com os termos expressos na referida Ata da sessão n. 001, uma vez que em seu 2º parágrafo está claro a declaração da CPL de inabilitação de TODAS as empresas participantes.

Todavia, ainda que as afirmativas da presidente da CPL estejam discrepantes entre si, quanto à inabilitação parcial ou total das licitantes, fato incontroverso é que, no caso concreto foi indevidamente considerado pela administração que

todas as participantes estariam inabilitadas, neste caso, até mesmo a empresa AMF Engenharia e Serviços Ltda, conforme consignado na referida Ata da sessão n. 001, que posteriormente, em fase de recurso, conseguiu reverter sua inabilitação, que teria sido ocasionada por equívoco reconhecido pela Administração.

Inclusive, sob o argumento da inabilitação de todas as participantes é que a CPL pode aproveitar da faculdade legal prevista no art. 48, § 3º da Lei de Licitações e Contratos, com a qual optou por abrir prazo de oito dias úteis para apresentação de novas documentações de habilitação, escoimadas das falhas inicialmente apontadas naquela sessão, nos ditos termos da Lei 8.666/93, deixando, por consequência, de abrir o prazo recursal as participantes inabilitadas, em descumprimento ao art. 109, inciso I, alínea 'a', ou mesmo, não fazendo constar expressamente, por parte de todas as licitantes, a renúncia do direito de recorrer de suas respectivas inabilitações, em desobediência ao que determina o art. 43, § 1º, da Lei de licitações.

Nesse cenário, importante também ressaltar que a empresa AMF foi a única que não manteve presente o seu representante legal na sessão em comento, o que obrigaria, na ausência do representante legal de uma ou mais das licitantes, a publicação desta decisão de abrir prazo de oito dias para apresentação de nova documentação, sob pena de tornar ilegítimo o ato, eivado de vício insanável, tendo em vista o descumprimento ao princípio da publicidade, que rege os atos administrativos em geral, tendo por base o texto constitucional, uma vez que expresso no art. 37, caput, da CRF/88.

Deste modo, a AMF, apesar de não encaminhar nos oito dias a nova documentação, conforme viabilizado pela administração, impetrou recurso em face de sua inabilitação, alegando que na sua proposta habilitatória continha a declaração de conhecimento e anuência dos termos do Edital, para efeito de habilitação no certame, em cumprimento a exigência editalícia disposta no item 6.3, subitem b.1.

De fato, a documentação que não teria sido antes reconhecida pela CPL, porque redigida de forma diferente da proposta sugerida no anexo do edital em tela, somente foi aceita pela Administração em fase recursal, neste aspecto sendo reconhecida como válida, sob pena de perpetrar num formalismo exacerbado, conforme alegado pela recorrente.

Da análise do contexto probatório, também foi verificado que a renúncia expressa do prazo para o exercício do direito de recorrer de todas as licitantes, como determina o art. 43, § 1º, da LLC, não foi consignado na Ata da Sessão 001, bem como não consta da documentação presente destes autos, procedimento que vem a confirmar a nulidade do procedimento de habilitação do certame em análise – TP n. 38/2020, confirmando deste modo a principal alegação da empresa denunciante - MS (peça 09 – fls. 05):

Ao inabilitar a recorrente e não abrir prazo recursal a CPL lhe subtraiu equivocadamente o direito líquido e certo ao contraditório e ampla defesa, pois tal direito é previsto na Constituição e Lei Federal 8.666/93. O que se entende é que a CPL tem uma certa aversão a recursos, entretanto, para julgar processos licitatórios deve-se estar ciente que os mesmos são direito das partes interessadas, percebe-se que segue em anexo aos editais de licitação da Prefeitura de Colatina modelo de declaração de renúncia ao prazo recursal, tanto na fase de habilitação, quanto na fase de classificação (julgamento de proposta de preços),

mesmo que a mesma seja facultativa, há uma indução ao licitante em renunciar direito previsto em lei em fase inadequada.

Assim, a negativa de registro formal da renúncia ao recurso por parte da Denunciante, em descumprimento ao art. 43, § 1º, da Lei nº 8.666/93, importa em cerceamento de defesa - por ofensa às garantias constitucionais ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal – razão pela qual se impõe o reconhecimento da nulidade do ato administrativo em tela.

Ainda no tocante aos elementos de convicção do denunciante (indícios de prova), foi apresentada a seguinte argumentação, que se repete na peça de defesa, especialmente, quando ausente o representante legal da empresa licitante, como ocorreu no caso em comento, com a empresa AMF, conforme trechos reproduzidos abaixo:

A empresa denunciante afirma que ocorreu a inobservância do artigo 43, § 1º da lei de licitações, e que tal fato acaba eivando de vício o processo administrativo, apto, inclusive, a anular o procedimento. Afirma ainda que a questão posta para apreciação deste E.TCEES é deveras simples, isto é: ou todos os licitantes estão presentes e assinam um termo de renúncia abrindo mão do direito recursal; ou, se um não assinar, ou se estiver ausente, é dever da Administração abrir o prazo recursal.

Por outro lado, da análise probatória dos autos, constata-se que a motivação para o não recebimento do recurso interposto pela empresa denunciante se deu pelas seguintes razões, conforme alegado pela defesa acima transcrita da peça 18, e que merece reprise:

*Após análise da Comissão e dos questionamentos apresentados pelos representantes legais presentes, **TODAS as empresas licitantes, restaram habilitadas.** E diante desta análise a comissão decidiu pela abertura do prazo de 08 (oito) dias úteis para a apresentação de nova documentação, conforme previsto no Art. 48, § 3º, da Lei de Nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

*Quanto ao processo nº 97017/2020 protocolizado pela empresa denunciante, este foi negado provimento, **pelo fato de não respeitar a fase em que se encontrava o processo, uma vez que houve uma habilitação PARCIAL, já que a CPL,** decidiu em sessão pela abertura do prazo de 08(oito) dias úteis para apresentação de nova documentação.*

Sobre a matéria, cabe ainda reproduzir trecho do parecer acostado às fls. 11/12 da peça 25, no qual o setor jurídico da prefeitura argumenta sobre a irregularidade da inabilitação da empresa AMF, sugerindo o ato de anulação do procedimento de habilitação da Tomada de Preços n. 38/2020, situação que repercute nos direitos da presente empresa denunciante e, portanto, merece ser esclarecida, senão vejamos:

Conforme descrito as fls. 607 a Comissão de Licitação encontrou um vício processual na fase de habilitação dos licitantes, no que se refere a documentação apresentada pela empresa AMF Engenharia e Serviços Ltda, concluindo que o julgamento na primeira sessão foi equivocado, uma vez que, conforme descrito na manifestação, "a carta apresentada pela empresa contém os elementos essenciais, que suprem ao esperado da declaração quanta a satisfação das exigências licitatórias.

A empresa recorrente, a princípio, teve seu Recurso negado, por ser considerado intempestivo (fls. 604).

Lendo a manifestação, percebemos que todas as empresas, após a abertura do prazo de 8 (oito) dias para a apresentação de nova documentação restaram habilitadas (fls. 605).

Resumidamente, é o Relatório.

No entanto, “eventuais vícios podem ser observados a qualquer tempo” Até porque o que não se pode aceitar é justamente que um ato eivado de vícios continuem gerando efeitos perante a Administração Pública e a sociedade.

Diante disso a Comissão de Licitação percebeu que no primeiro momento de habilitação, a única empresa que estava habilitada era justamente a empresa recorrente.

Assim, com base na obrigação imposta à administração de rever seus próprios atos quando eivados de irregularidade insanável, anulando-os, a administração entendeu por retroagir para anular o ato irregular de inabilitação da AMF, decorrente da Ata da Sessão 001, tornando habilitada a dita empresa que recorreu e mantendo a inabilitação das demais empresas, alcançando assim também a empresa denunciante.

Na realidade, ao retroagir para corrigir a injusta inabilitação da empresa AMF, prejudicou as demais participantes, considerando nulos os atos subsequentes à mencionada Sessão 001, neles incluída a decisão adotada de receber as documentações das demais empresas consideradas inabilitadas, escoimadas dos vícios inicialmente apresentados, com fundamento no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93, não mantendo a possibilidade já aberta pela CPL aos participantes inabilitados, e além disto, mantendo cerceado o direito de recorrer dos mesmos, ante suas respectivas inabilitações, em descumprimento ao art. 109, inciso I, alínea ‘a’ da LLC, o que, por ambos motivos, induz a nulidade do ato.

*Insta frisar, portanto, que não consta no processo administrativo da prefeitura de Colatina a justificativa plausível para o não recebimento dos recursos das licitantes, como explicitado acima, vez que a presidente da CPL, além de se contradizer, no que diz respeito à **inabilitação de todas as licitantes**, inclusive da empresa denunciante – MS Constr. Eirelli EPP, ao contrário senso, justificou o não recebimento do recurso interposto à administração do município de Colatina pela empresa MS, **vez que não respeitava a fase em que se encontrava o procedimento**, em decorrência da **inabilitação parcial das licitantes**.*

No entanto, a hipótese de inabilitação parcial dos licitantes não se coaduna com a opção que a CPL se baseou para concessão de novo prazo para apresentação das propostas habilitatórias, escoimadas dos vícios antes detectados, conforme faculdade legal prevista no §3º do art. 48 da LLC, uma vez que tal procedimento somente pode ser aplicado quando verificada a inabilitação de todos os licitantes, como dito anteriormente nesta peça:

Em sendo parcial a desclassificação, o certame continua com os licitantes habilitados e classificados. Se todos os licitantes forem desclassificados, aplica-se a regra enunciada pelo § 3º do artigo 48 da Lei Federal n. 8.666/93.

Não é demais reprimir que a ausência de justificativa plausível na sessão de habilitação, para a opção de abertura do prazo para apresentação de nova proposta habilitatória dos concorrentes inabilitados, nem mesmo a comprovação

de publicação da referida decisão, para efeito de dar legitimidade ao ato, tais impropriedades retiram da Administração a possibilidade de exigir da empresa AMF, que não tinha representante legal presente na sessão de habilitação 001, a apresentação desta nova documentação.

Também a ausência de declaração de renúncia do prazo recursal por parte de todas as licitantes, retira a possibilidade da Administração de, ao retroagir à data da sessão n. 001, para corrigir a inabilitação da empresa AMF, proceder com a abertura da proposta de preços da mesma e, em sequência, sagrá-la vencedora, sem antes ofertar aos demais participantes o prazo recursal, ou lhes franquear declaração de renúncia deste direito, em razão de suas respectivas inabilitações.

Neste cenário, é importante esclarecer que o prefeito acolheu a manifestação da residente da CPL (peça 25 – fls. 17) e do órgão jurídico do município (peça 25 – fls. 11/14), quanto à habilitação da empresa AMF e inabilitação dos demais licitantes, tendo em vista o julgamento pela procedência do recurso por esta empresa interposto, nos termos do despacho fundamentado que juntou aos autos (peça 25 – fls. 15).

Contudo, adiante, a presidente da CPL propôs a revogação do certame – Tomada de Preços n. 38/2020, tendo em vista a seguinte justificativa (peça 26 – fls. 01/09):

Considerando manifestação da Presidente da Comissão, quanto a denúncia supracitada, restando cristalizado que todas as decisões tomadas pela Comissão Permanente de Licitação estão amparadas legalmente sendo, portanto, inverdades as informações contidas denúncia.

Ante ao exposto, ainda que sem a decretação de nulidade do ato, sugiro a REVOGAÇÃO da licitação, uma vez que uma possível paralisação por considerável tempo, poderá acarretar em danos ao Município e a Sociedade, visto que o edital referente a Tomada de Preços n. 38/2020 lançado por esta Municipalidade teve a intenção de realizar a contratação de uma empresa especializada para execução de contenção de encosta, localizada na Avenida das Nações, bairro Colatina Velha.

Ressalta-se que o objeto referente a tomada de preços é de suma importância para o município uma vez que seu objetivo é a consolidação de inclinações, evitando possíveis deslizamentos de solo em locais onde há o risco iminente da ocorrência de desmoronamento, o que pode acarretar acidentes, danos a pessoas, veículos e construções, entre outras situações de risco.

Ademais, a presidente da CPL aproveita da oportunidade, e no citado despacho esclarece que não vai anular o certame e sim revogá-lo, pelos motivos que, em síntese apertada, assim se apresentam:

Insta atentar que como a licitação não foi homologada, o licitante vencedor, declarado como tal, não tem qualquer direito a ser protegido em face de eventual desfazimento do processo de contratação (revogação do certame), o que dispensa a necessidade de lhe ser assegurado o exercício do contraditório e ampla defesa.

Destaca-se que a revogação, no âmbito dos poderes administrativos, é conduta lícita da Administração que não enseja qualquer indenização aos licitantes. nem particularmente ao declarado vencedor, que tem expectativa na celebração do contrato, mas não é titular de direito subjetivo.

Portanto, considerando que cabe a este Tribunal, em especial quando se trata do rito sumário para análise de medida cautelar, interferir nos casos extremos onde se vislumbra grande prejuízo ao erário, o que não foi caracterizado no caso em tela, sobretudo, em decorrência da revogação do certame.

*Não se localizou, portanto, indício relevante de irregularidade, porém como essa análise é superficial e limitada ao ponto da representação, e ainda que eventualmente se possa entender diferente em algum ponto questionado, em caráter complementar, estende-se a presente análise ao art. 177-A do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – RITCEES2, aprovado pela **Resolução TC 261/2013**, com a análise de risco, relevância, materialidade e oportunidade, para pautar o melhor encaminhamento do processo, visando ao prosseguimento ou não da instrução processual³.*

Quando ao risco, § 1º, inciso I:

- 1) É na frequência e no impacto que se discute o risco (materialidade de fora neste item). Na perspectiva do controle externo ela se mostra repetitiva para o conflito, pois se repete ou poderia se repetir em outros certames similares.*

Porém, no caso específico destes autos, o procedimento adotado pelo município de reconhecer a nulidade do ato de inabilitação da licitante recorrente, revogando ao final o certame, justificam as circunstâncias que não somente diferenciam este caso dos demais, como também evidenciam a prudência do órgão contratante de revogação do certame, antes mesmo da sua homologação, evitando imposição de eventual indenização por parte da administração à terceiro considerado como prejudicado em seu direito de ser contratado,

² **Art. 177-A do RITCEES.** Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o processamento imediato de fiscalização ou, conforme o caso, para composição de matriz de risco. [...] § 1º Para o disposto neste artigo, considera-se: [...] **I - risco:** critério pelo qual se avalia a possibilidade de algo acontecer e ter impacto nos objetivos do órgão ou entidade jurisdicionada ou de programas ou atividades governamentais, frustrando as expectativas da sociedade, sendo medido em termos de consequências e probabilidades; [...] **II - relevância:** critério pelo qual se avalia se o objeto de controle é atual, importante no âmbito do órgão ou entidade jurisdicionada e se envolve questões de interesse da sociedade, ainda que não seja material ou economicamente significativo; [...] **III - materialidade:** critério pelo qual se avalia o valor associado ao objeto de controle de modo, indicando o volume de recursos envolvidos e assegurando que a ação de controle possa proporcionar benefícios significativos em termos financeiros; [...] **IV – oportunidade:** critério pelo qual se avalia se a ação de controle está sendo proposta no momento adequado, considerando a disponibilidade de recursos humanos, de dados e de sistemas de informações confiáveis, bem como de auditores com conhecimentos e habilidades específicas e a inexistência de impedimento para sua execução. [...] § 2º A análise da materialidade dos fatos que envolvam pagamentos de prestação continuada será efetuada considerando o somatório dos eventuais dispêndios já ocorridos, acrescidos daqueles previstos para os próximos cinco anos ou até a data prevista para a cessação dos pagamentos, o que ocorrer primeiro.

³ **Art. 177-A do RITCEES.** [...] § 3º A unidade técnica competente se manifestará: [...] **I - pelo prosseguimento da instrução processual**, quando a avaliação de que trata este artigo revelar, em alto grau, o risco, a materialidade ou a relevância do objeto e desde que seja constatada a oportunidade da execução da ação de controle, hipótese em que, desde já, **analisará e instruirá o processo, na forma regimental**; ou [...] **II –** quando a avaliação indicar baixo risco, materialidade e relevância ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, **pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis**, sugerindo a extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, hipótese em que se dará ciência ao denunciante. § 4º Extinto o processo na forma do inciso II, os fatos denunciados serão inseridos em banco de dados gerido pela Secretaria Geral de Controle Externo, subsidiando a elaboração do plano anual de fiscalização.

justificando assim no caso concreto que o risco deve ser considerado baixo ou mesmo inexistente.

Há de se destacar que, no caso concreto, eventual homologação e contratação da empresa licitante, considerada vencedora, ao contrário senso, viria a provocar o risco de acarretar prejuízo ao município, ante a possibilidade de indenização deste licitante vencedor, que restaria prejudicado pela revogação ou anulação do procedimento licitatório e do respectivo contrato.

Quando à relevância, § 1º, inciso II:

- 2) *O assunto não é considerado relevante, pois a revogação do certame, torna a relevância da matéria reduzida, ou mesmo, inexistente, até porque as irregularidades apontadas pelo denunciante não podem igualmente ser tratadas em todos os certames, de forma geral, merecendo uma avaliação caso a caso, conforme a motivação e critérios apresentados no caso concreto e, em especial, se houver ou não reconhecida a falha pela Administração a tempo de não acarretar prejuízo ao erário, como ocorreu no caso concreto.*

Quando à materialidade, § 1º, inciso III, c/c § 2º:

- 3) *Não há materialidade (financeira) em discussão pois, apesar dos valores relativamente altos de uma futura contratação advinda deste certame denunciado, quando os compararmos com a receita do município contratante, não há que se cogitar em prejuízo efetivo, tendo em vista a revogação do certame, que confere ao jurisdicionado sujeito ao controle deste Tribunal o benefício de anular seus atos eivados de vício insanável, e no caso em comento, a possibilidade de revogá-los se, por conveniência e oportunidade, assim o entender, uma vez que outras consequências em prejuízo ao erário municipal (multas ou indenizações), não poderão surtir efeitos, em decorrência da não homologação do procedimento licitatório e a não realização da respectiva contratação;*
- 4) *Portanto, insuficientes as motivações do denunciante para que a matéria seja escopo de fiscalização por parte deste corpo técnico, por não visar a prevenção, combate ou punição do ato da administração, em eventual prejuízo ao erário, e neste aspecto, não envolvendo interesse público, se apresenta em prol ao interesse do particular denunciante, estendendo, no máximo, em favor dos interesses, também particulares, dos demais licitantes.*

Quando à Oportunidade, § 1º, inciso IV:

- 5) *Considerando os efeitos dessa possível irregularidade sobre um contrato que não será concretizado, ante a revogação do certame denunciado, verifica-se que dentro das possibilidades de fiscalizações a serem administradas por esse Tribunal e considerando o enfrentamento de diversas questões em especial o estoque vivido no setor. No todo, considerado de baixa oportunidade.*

Sendo assim, considerando que houve revogação do Edital de Tomada de Preços nº 038/2020, antes da homologação do certame e sem a contratação a que se destinava, o que afasta qualquer possível prejuízo ao erário, em decorrência de um futuro pedido de indenização à administração pelos licitantes; considerando, ainda, que as irregularidades apontadas na presente representação possuem caráter de interesse estritamente particular do denunciante e, no máximo, de interesse privado

das demais empresas licitantes, antes da concessão da cautelar, **é forçoso reconhecer a perda superveniente do objeto impugnado**, nos termos do art. 307, § 6º, do RITCEES, *in verbis*:

Art. 307. Atuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise. [...]

§ 6º Haverá perda superveniente do objeto impugnado quando, determinada a prestação de informações e antes da concessão da medida cautelar, o responsável sanar as supostas irregularidades apontadas pelo representante, extinguindo-se o feito sem resolução de mérito. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).

Isto posto, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, impõe-se a extinção da presente representação, nos termos do art. 307, § 6º, do Regimento Interno do TCEES (RITCEES).

No tocante a análise dos pressupostos cautelares fica prejudicada em razão da perda superveniente do objeto, conforme fundamentação exposta acima.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro relator

1. ACÓRDÃO TC-407/2021-7

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da 1ª Câmara desta Corte de Contas, ante as razões expostas pelo relator em:

1.1. EXTINGUIR o feito sem resolução de mérito, visto que houve a perda superveniente do objeto impugnado, nos termos dos artigos 307, § 6º, do RITCEES, restando prejudicado o pedido para concessão de medida cautelar;

1.2. DAR CIÊNCIA à representante e aos responsáveis do teor dessa decisão, com seu posterior **ARQUIVAMENTO** após o trânsito em julgado.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 16/04/2021 – 17^a Sessão Ordinária da 1^a CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente/relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões