

Processo Administrativo n. 392/2019

Pregão Presencial n. 06/2019

Parecer Jurídico

LICITAÇÃO – PREGÃO PRESENCIAL – EDITAL – OMISSÃO NA CORRETA DEFINIÇÃO DO OBJETO – CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DE MÃO DE OBRA, MATERIAIS E TODOS OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA A SELEÇÃO, MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO, DE CANDIDATOS PARA PROVIMENTO EFETIVO DE VAGAS DISPONÍVEIS NO SERVIÇO PÚBLICO - NULIDADE ABSOLUTA DO PROCEDIMENTO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 40, INCISO I E 49, DA LEI N. 8.666/93. **1.** É nulo o edital que não estabelece os elementos indispensáveis à correta descrição do objeto da licitação, tornando impossível caracterizá-lo, adequadamente, em seus aspectos primordiais. **2.** Vício insanável do ato convocatório, diante da descrição imprecisa do anexo do edital relativo à descrição dos cargos que serão submetidos ao certame, omitindo-se o cargo de dentista na “proposta de preços” (Anexo III) de observância obrigatória aos licitantes. Maltrato aos princípios da competitividade e legalidade. **3.** Natureza cogente da norma insculpida no artigo 40, I, do Estatuto federal Licitatório.

1.- Trata-se de licitação submetida à disciplina procedimental do pregão presencial (modalidade eleita pela Administração), instaurada, especificamente, para o efeito de viabilizar a seleção de proposta mais vantajosa para celebração de contrato administrativo com objeto voltado à *“Contratação de empresa para realização de concurso público com fornecimento de mão-de-obra e materiais necessários”*, de acordo com as especificações constantes do Termo de Referência (ANEXO II), atendendo as demais condições estabelecidas neste edital.

2.- No prazo legal, a empresa PAES & MORAES ASSESSORIA E CONSULTORIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA LTDA deduziu pleito de esclarecimentos acerca de alguns itens do edital, apontando, dentre outras questões, a evidente discrepância entre o memorial descritivo e a “proposta de preços” constante do Anexo III, uma vez que o primeiro estabelece o cargo de dentista como elemento inerente ao objeto do certame, enquanto que a proposta não o prevê expressamente. Respondeu-se o questionamento com a ponderação no sentido de que o “Termo de Referência” sobrepõe-se ao

modelo de proposta, sugerindo aos interessados que a desconsiderassem na participação da disputa.

3.- Como decorrência de aludida contradição, das seis licitantes que acorreram ao certame, apenas uma delas ofereceu proposta levando em consideração o cargo de dentista, ao passo que as demais o fizeram com fundamento apenas nos cargos relacionados no Anexo III do edital, que não estabelece, como salientado, a vaga de profissional da odontologia no objeto do pregão. Indisputável, nesse contexto, a cristalina ofensa ao postulado da competitividade, face a ausência de propostas relativamente a este item da licitação, afastando-se prováveis interessados em oferecer lances na disputa.


4.- Com efeito, a ausência de especificação do cargo de dentista em um dos anexos que integram o edital, complementando-o para todos os fins de direito, configura, a princípio, vício insanável do ato convocatório, compromete a sua validade e eficácia. Essa circunstância, por si só, demonstra a imprecisão do objeto da licitação, a ensejar a nulidade do edital e dos atos que lhe são subsequentes, ressaltando-se que a mácula apontada atinge, de modo inexorável, o princípio da competitividade. Ora, como preleciona o magistério doutrinário: - "Partindo dos requisitos essenciais de todo e qualquer edital, exemplifica Celso Antônio Bandeira de Mello, com rara felicidade, os **principais vícios ensejadores de sua nulidade: a) indicação defeituosa do objeto** ou delimitação incorreta do universo de propostas; b) impropriedade na delimitação do universo de proponentes; c) caráter aleatório ou discriminatório dos critérios de avaliação de proponentes e de propostas; d) estabelecimento de trâmites processuais cerceadores da liberdade de fiscalizar a lisura do procedimento. (...) Um vício muito comum nos atos convocatórios é a falta de precisão e clareza quando da definição do objeto da licitação" (ROBERTO RIBEIRO BAZILLI, *ob. cit.*, p. 204 - grifamos). Averbese: - "**Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo.** A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, **o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei**" (HELY LOPES MEIRELLES, "*Direito Administrativo Brasileiro*", 17ª edição, Editora Malheiros, p. 156 - grifamos).

5.- Tocante à qualificação jurídica das cláusulas que integram o contrato administrativo (que constitui um dos anexos do edital), assim se pronuncia o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES:-

“Todo contrato administrativo tem cláusulas essenciais ou necessárias e cláusulas acessórias ou secundárias: aquelas fixam o objeto da avença e estabelecem as condições fundamentais para sua execução; estas complementam e esclarecem a vontade das partes, para facilidade de sua interpretação no desenvolver do ajuste e na conduta dos contratantes. Por isso mesmo, as cláusulas essenciais não devem faltar no contrato, pois sua ausência pode conduzir à nulidade do ajustado, tal seja a impossibilidade de se definir seu objeto e de se conhecer, com certeza jurídica, os direitos e obrigações de cada uma das partes. Quanto às cláusulas acessórias ou secundárias, por sua irrelevância, não afetam o conteúdo negocial e podem ser omitidas sem prejuízo para os contratantes.

“(…) de um modo geral, são consideradas cláusulas essenciais ou necessárias em todo contrato administrativo as que: **definam o objeto e seus elementos característicos**; estabeleçam o regime de execução da obra ou do serviço, ou a modalidade de fornecimento; fixem o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; marquem os prazos de início de etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, conforme o caso; indiquem o valor e os recursos para atender às despesas contratuais, com a sua classificação funcional programática e a categoria econômica; discriminem os direitos e obrigações das partes e fixem as penalidades e o valor das multas; estabeleçam os casos de rescisão do contrato; prescrevam as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso.”

“Essencial, portanto, será toda cláusula cuja omissão impeça ou dificulte a execução do contrato, quer pela indefinição de seu objeto, quer pela incerteza de seu preço, quer pela inexecutabilidade de outras condições necessárias e não esclarecidas no instrumento do ajuste. A omissão ou imprestabilidade de tais cláusulas pode conduzir à invalidade do contrato.



“(...) O contrato, como o ato administrativo, há de ser, antes e acima de tudo, legal, isto é, conforme à lei; se a desatende, é inoperante, e assim deve ser reconhecido pela Administração, ‘ex officio’ ou em recurso hierárquico, ou pelo Judiciário, mediante provocação do interessado, pela via adequada” (HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 12ª edição, Editora Malheiros, págs. 196,197 e 215 – grifamos).

“(...) tem-se considerado nulo o contrato realizado sem concorrência, quando a lei a exige, ou mediante concorrência fraudada no seu procedimento ou julgamento ou, ainda, quando o ajuste contraria normas legais em pontos fundamentais de seu conteúdo negocial. (...) O contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes, só subsistindo suas conseqüências em relação a terceiros de boa-fé. (...) A anulação do contrato é ato declaratório de invalidade preexistente, pelo que opera efeito ex tunc, retroagindo às suas origens” (HELY LOPES MEIRELLES, *“Direito Administrativo Brasileiro”*, 17ª edição, Editora Malheiros, p. 216 e 217 - grifamos).

O ilustre MARÇAL JUSTEN FILHO, administrativista de escol, assim se pronuncia sobre a necessidade de escoreta definição do objeto do certame, de modo a afastar a sua eventual nulidade, *verbis*:-

“A partir dessa definição os interessados formularão suas propostas, a Comissão examinará sua regularidade e, eventualmente, será escolhido o vencedor. Nada poderá ser decidido além do constante no edital.”

“A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação ‘a posteriori’. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. No caso, ‘sucinto’ não é sinônimo de ‘obscuro’. Se a descrição do

objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade, nos termos adiante apontados¹.

“Cabe à Administração Pública a definição do contrato a ser realizado em todas as suas circunstâncias (objeto, prazo, sanções etc.), assim como a estruturação do procedimento licitatório (local de realização, fases, julgamentos etc.). Nesses campos, a Administração deverá efetivar as escolhas mais conformes com a consecução do interesse público. Para fins específicos de controle, o edital poderá ser viciado tanto por omissão de elementos necessários indispensáveis como por inclusão de regras desnecessárias e inadequadas.

“Há omissão de elementos necessários indispensáveis quando o edital deixar de cumprir as funções a que se destina. Isso se verifica quando o edital:

- a) não fornecer as informações necessárias a que os interessados tomem conhecimento acerca da existência e da finalidade concreta da licitação. **A omissão ou obscuridade frustra o princípio do livre acesso dos interessados**. O edital descumpra sua função divulgatória da licitação.
- b) **não fornecer as informações necessárias a que os interessados formulem adequadamente suas propostas**. O edital descumpra tanto sua função divulgatória quanto sua função normativa. A omissão impede que os interessados formulem de modo adequado suas propostas: **desconhecem o objeto da licitação**; ou não podem avaliar os critérios de julgamento; ou ignoram os deveres que assumirão e os direitos de que serão titulares etc.;
- c) não formular as regras concretas e específicas que disciplinem o curso da licitação e da futura contratação. Há ofensa à função normativa. O ato convocatório tem de exaurir as competências discricionárias da Administração. A omissão de disciplina acerca das fases posteriores acarretará necessidade de decisão para o caso concreto – vale dizer, implicará a necessidade de exercício da discricionariedade em momento posterior.

“Em todas essas hipóteses, há ofensa ao interesse público. As omissões impedem a consecução da finalidade

¹ Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9ª edição, São Paulo: Dialética, 2002, p. 374.



primordial da licitação. Por isso, esses vícios não são sanáveis através do silêncio dos interessados².

No mesmo sentido, cite-se:-

“É essencial que a descrição do objeto da licitação seja sucinta, **mas jamais incompleta**; clara, **mas jamais simplista**; até porque, **ele não poderá ser alterado durante o procedimento licitatório**. O objeto do contrato a ser assinado com o licitante vencedor será exatamente aquele estabelecido no edital. Para acréscimos e supressões no objeto contratado, ver art. 65, § 1º³.

No mesmo diapasão, confira-se o teor da Súmula n.º 177 do Tribunal de Contas da União:-

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

6.- Tais as razões expendidas, que se confortam em exuberante orientação doutrinária e jurisprudencial, é de se reconhecer que o instrumento convocatório, em tese, padece de nulidade absoluta, por não descrever, com clareza e perfeição, o objeto do ajuste contratual. Antes de formalizar decisão acerca da matéria sob exame, impõe-se a notificação dos licitantes para que, no prazo de 03 (três) dias, ofereçam manifestação escrita, com a abordagem das questões vinculadas à indigitada nulidade do instrumento convocatório, nos exatos termos do artigo 49, parágrafo 3º da Lei n. 8.666/93, assegurada ampla oportunidade para refutar os argumentos expendidos neste parecer, com a eventual produção de provas eventualmente requeridas.

Santo Antonio de Posse, 12 março de 2.019.

² Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9ª edição, São Paulo: Dialética, 2002, p. 445.

³ Marcio dos Santos Barros, 502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos, São Paulo: Editora NDJ, 2005, p. 170.



Luciano José Lenzi
OAB-SP 130.418

Assessor Executivo de Gabinete