



PODER EXECUTIVO MUNICIPAL
Prefeitura Municipal de Itapoá

Rua Marlana Michels Borges, n.º 201 - Itapema do Norte - Itapoá/SC CEP 89.249-000
Fone: (47) 3443-8800 Fax: (47) 3443-8828 - www.itapoa.sc.gov.br

PARECER Nº96/2018

PROCESSO Nº60/2018 – PREGÃO Nº39/2018

INTERESSADO: SECRETARIA DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO: Aquisição de licenças Microsoft Windows e Microsoft Office para atender à Secretaria de Educação e Unidades Escolares da Rede Municipal de Ensino, conforme especificações constantes no edital e seus anexos.

ADMINISTRATIVO – PROCESSO LICITATÓRIO – CONTRATAÇÃO – INVERSÃO DOS ORÇAMENTOS – ORDEM DE SERVIÇO NÃO EMITIDA – ANULAÇÃO CONTRATUAL – CONSIDERAÇÕES GERAIS. Aquisição de licenças Microsoft Windows e Microsoft Office para atender à Secretaria de Educação e Unidades Escolares da Rede Municipal de Ensino, conforme especificações constantes no edital e seus anexos. Processo nº60/2018 – Pregão nº 39/2018.

Trata-se de pedido de análise jurídica pertinente ao processo em epígrafe, cujo certame objetiva a aquisição de licenças Microsoft Windows e Microsoft Office para atender à Secretaria de Educação e Unidades Escolares da Rede Municipal de Ensino, conforme especificações no edital e seus anexos.

O referido processo teve seu edital publicado e observado o prazo legal, foi realizada a sessão, onde foi selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração, conforme critérios esculpidos no edital. Após a adjudicação, o processo foi homologado e assinado o contrato.

Contudo, previamente a emissão da ordem de serviço, verificou-se os valores contidos no edital do processo licitatório foram nele lançados equivocadamente, isto é, houve um inversão na planilha de orçamento, conforme segue:

Entretanto, ao analisar a referida situação, verificou-se que não se trata apenas de uma correção no contrato administrativo, tal erro é oriundo do próprio edital de licitação e serviu como parâmetro para o julgamento das propostas.

Desta forma, entendemos que o julgamento das propostas do pregão foi comprometido, ao invés de utilizar o parâmetro LICENÇA WINDOWS – PREÇO MÁXIMO: R\$ 662,00 – 50 UNIDADES e LICENÇA OFFICCE – PREÇO MÁXIMO: R\$ 818,00 – 30 UNIDADES, utilizou equivocadamente o inverso: LICENÇA WINDOWS – PREÇO MÁXIMO: R\$ 818,00 – 30 UNIDADES e LICENÇA OFFICCE – PREÇO MÁXIMO: R\$ 662,00 – 50 UNIDADES.



PODER EXECUTIVO MUNICIPAL
Prefeitura Municipal de Itapoa

Rua Mariana Michels Borges, n.º 201 - Itapema do Norte - Itapoa/SC CEP 89.249-000

Fone: (47) 3443-8800 Fax: (47) 3443-8828- www.itapoa.sc.gov.br

A empresa contratada já se manifestou, por telefone, contrária ao cancelamento do contrato.

Portanto, a questão é que a disposição dos itens quanto ao preço e quantidade foram erroneamente lançadas no edital. Isto é, caso a contratação persista a Administração permanecerá com uma contratação que não atende aos critérios quantitativo e de valores mínimos para compra do objeto licitado.

Isto posto, necessário encontrar a solução mais acertada para o problema, posto que nos parece clara que há uma situação de nulidade ocorrida pelo equívoco administrativo. No destaque trecho do texto de Marçal Justen Filho, p. 847, com a seguinte:

1) Vícios na licitação e vícios na contratação

Devem distinguir-se os casos de vício na licitação e de vício na contratação propriamente dita.

O vício na licitação acarreta, em princípio, a invalidade de todos os atos posteriores, inclusive do contrato administrativo (se chegou a ser pactuado), conforme dispõe o art.49, §2º. Deverá refazer-se a licitação, integral ou parcialmente.

Quando houver vício na contratação, os atos anteriores poderão não ser afetados. Eventualmente, poderão ser aproveitados, renovando-se a contratação.

No destaque as disposições do artigo 49, §2º, da Lei Federal nº 8.666/93:

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.

(...)

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Conforme narrativa e documentos acostados ao processo licitatório, o vício em questão ocorreu no edital do processo licitatório, e contamina todos os atos posteriores, inclusive ao contrato administrativo.



PODER EXECUTIVO MUNICIPAL
Prefeitura Municipal de Itapoá

Rua Mariana Michels Borges, n.º 201 - Itapema do Norte - Itapoá/SC CEP 89.249-000
Fone: (47) 3443-8800 Fax: (47) 3443-8828 - www.itapoa.sc.gov.br

Dado ainda, que os valores e quantidades encontram-se afetados, não há ainda correção passível de ser efetuada, sem que se repita o certame, não se tratando de caso anulabilidade, mas sim de nulidade, face o vício insanável do processo, conforme depreende da redação que segue:

2) Espécies de Vícios

A invalidação do contrato administrativo depende da natureza do vício que o inquina. Distinguiram-se acima os casos de nulidade, anulabilidade e irregularidade no curso da licitação. As hipóteses de anulabilidade se verificam quando a norma ofendida tutelar o interesse privado. A pronúncia da anulabilidade depende da tempestiva manifestação do interessado. A nulidade configura-se quando se ofende norma que tutela interesses fundamentais. O decurso do tempo ou o silêncio dos interessados não elimina o defeito. (gf.) (JUSTEN FILHO, p. 847, 2012).

E como tratamos de nulidade, complementa:

3) A nulidade do contrato administrativo

Em uma primeira aproximação, o art.59 parecer consagrar a teoria das nulidades segundo sua configuração tradicional do direito privado. No direito privado, afirma-se que o ato nulo não produz efeitos, o que só pode ser admitido se interpretado no sentido de que, uma vez revelada a ocorrência da nulidade, deve repor-se a situação no estado anterior. Para esse fim, deverão ser desfeitas todas as alterações fundadas na existência do ato – alterações essas cuja manutenção dependeria da validade do ato. Como a declaração de nulidade opera retroativamente (ex tunc), todos os eventos ocorridos após e em função do ato viciado deverão ser desfeitos. (JUSTEN FILHO, p. 848, 2012)

Ante ao exposto, estas são as orientações gerais quanto a tomada de decisão no que tange ao vício no processo licitatório. Isto posto, passa-se a análise dos efeitos ao contrato e responsabilização administrativa pelo ato.

Conforme comunicação interna nº 381/2018, oriunda desta procuradoria jurídica, para a Secretaria de Educação, a esta foi questionada se após a contratação foi emitida ordem de compra ou outro instrumento congênere que tenha autorizado a empresa vencedora do certame a adquirir as licenças para as quais foi contratada como fruto do processo licitatório.



PODER EXECUTIVO MUNICIPAL
Prefeitura Municipal de Itapoá

Rua Mariana Michels Borges, n.º 201 - Itapema do Norte - Itapoá/SC CEP 89.249-000
Fone: (47) 3443-8800 Fax: (47) 3443-8828 - www.itapoa.sc.gov.br

Em resposta, por intermédio da Comunicação interna n.º 553/2018, a Secretaria de Educação informou que não houve a emissão de ordem de compra autorizando a empresa vencedora do certame a adquirir as licenças Microsoft Windows e Microsoft Office.

Desta forma, em pese haver a contratação, o que gera uma expectativa de direito para a contratada, a execução contratual não teve início, não havendo o pedido de entrega do produto contratado. No destaque a cláusula 2.1, assim redatada:

2.1 O contrato terá início imediato à assinatura, e o seu término está condicionado à entrega do objeto, ou até 31/12/2018 (o que ocorrer primeiro). O objeto deverá ser entregue em até 10 (dez) dias contados a partir da data da Ordem de Compra emitida pela Secretaria de Educação.

A redação é clara no sentido de que o contrato tem início com sua assinatura, mas a obrigação quanto ao objeto ocorre apenas com a emissão da Ordem de Compra pela Secretaria de Educação. Este fato, nos parecer afastar qualquer aspecto indenizatório em face da contratada pela execução contratual, afastado aqui, eventuais despesas para participação no certame e providências relativas à celebração do contrato.

Quanto ao objeto, sem ordem de compra emitida, não há que se falar em prejuízo, frise-se:

“A Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas. (gf.)” (AgRg no REsp n.º 303.730/AM, 2ª T., rel. Min. Paulo Medina, j. em 17.09.2002, DJ de 02.12.2002).

Não havendo produto entregue ou obras realizada escapa ao direito da contratada o direito a indenização quanto ao objeto do contrato, restando apenas o direito quanto ao dispêndio para participar do certame, ora frustrado.

Por fim, para que se garanta o respeito a ampla defesa e ao contraditório, deverá a contratada ser ouvida previamente, para que se manifeste a fim de resguardar seu direito, bem como, acerca de eventual prejuízo decorrido do contrato firmado com a administração, tudo em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal, conforme destaque

14) Direito a ampla defesa e garantia da audiência prévia

A declaração de nulidade tem de ser acompanhada de determinação de indenização devida ao particular, a qual



PODER EXECUTIVO MUNICIPAL
Prefeitura Municipal de Itapoá

Rua Mariana Michels Borges, n.º 201 - Itapema do Norte - Itapoá/SC CEP 89.249-000
Fone: (47) 3443-8800 Fax: (47) 3443-8828 - www.itapoa.sc.gov.br

deverá compreender as perdas e danos cabíveis. Configuraria absoluta infração às concepções fundamentais do Estado Democrático de Direito que a invalidade do ato administrativo fosse o pretexto para a Administração Pública enriquecer-se indevidamente. Nem teria cabimento que a Administração promovesse a invalidação e remetesse o particular a buscar os direitos de indenização perante o Judiciário. A invalidação do ato apenas se aperfeiçoa validamente quando a Administração assegura ao particular a indenização correspondente.

(...)

Por isso, há uma quantidade de precedentes jurisprudenciais invalidando decisões da Administração Pública que infringem a garantia do devido processo legal. Assim e como já referido anteriormente, o STJ decidiu que

“Na aplicação das Súmulas 346 e 473 do STF, tanto a Suprema Corte, como este STJ, têm adotado com cautela, orientação jurisprudencial inserida nos seus enunciados, firmando entendimento no sentido de que o Poder de a Administração Pública anular ou revogar os seus próprios atos não é absoluto, como às vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, não de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não venha a fomentar a prática de ato arbitrário ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou de processo administrativo, quando cabível.” (RO em MS nº 10.673/RJ, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 23.05.2000, DJ de 26.06.2000).

Ante ao exposto, deverá ser dada ciência a contratada para exerça seu direito a ampla defesa e ao contraditório, o que poderá ser feito por meio de abertura de processo administrativo.

Esse é s.m.j., o parecer.

Itapoá/SC, 20 de julho de 2018.

Marcele de Almeida Rodrigues
Procuradora Municipal

Leandro Machado de Silva
OAB/SC N.º 11.905