



PROCESSO Nº : 2017 38970 000314 - VI Volumes (1.167 laudas)
INTERESSADO : Agência Tocantinense de Saneamento - ATS
ASSUNTO : Consulta sobre validade de atestado de capacidade técnica oriundo de contrato declarado nulo. Procedimento licitatório – fase de análise da proposta vencedora do pregão eletrônico nº 215/2018 – ato de gestão da ATS - Aplicação da autotutela administrativa. Impossibilidade de utilização do atestado.

DESPACHO Nº 001/2019/SUGACI
SGD Nº 2019/09049/000028

Os autos em epígrafe versam sobre procedimento licitatório na modalidade pregão em sua forma eletrônica (PE nº 215/2018), objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de comercialização em saneamento – dentre outros, onde, por meio do Ofício nº 1163/2018, fls. 11581159, solicita manifestação desta Especializada a respeito da **“validade do Atestado de Capacidade Operacional apresentado em fls. 1076/1078, mediante os argumentos expostos em seu Relatório de Inspeção nº 002/2018”**.

Sem adentrar na análise de mérito do procedimento licitatório em epígrafe e se atendo *stricto sensu* ao que foi consultado, temos a considerar que a condução e julgamento do procedimento licitatório -, em especial quanto a avaliação da proposta e verificação da habilitação dos licitantes no que diz respeito à habilitação jurídica, **qualificação técnica**, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (art. 27, Incisos I a V da Lei nº 8.666/93), são atribuições exclusivas da Comissão de Licitação/Pregoeiro, conforme dicção do art. 51, *caput*, do instrumento licitatório pátrio, vejamos:

“Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação”.

Neste sentido, trazemos à colação algumas decisões da Corte de Contas Federal sobre a matéria em testilha, vejamos:



Acórdão 1229/2017 Plenário GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC-023.186/2006-0

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial)

“11. Por fim, quanto à realização do certame sem prévio estudo de impacto ambiental, importa consignar que os argumentos apresentados não permitem afastar a irregularidade, uma vez que ao gestor não é dado se abster de obrigação prevista em lei mediante escusa baseada em convicção própria de que não haveria impacto significativo ao meio ambiente. **Contudo, tendo em vista que as competências da comissão são meramente executórias, e consistem, basicamente, na efetivação dos procedimentos necessários à habilitação e classificação de propostas, conforme se pode depreender dos mandamentos da Lei 8.666/1993**, entendo que deve ser afastada a condenação de seus integrantes, já que se trata de conduta não contemplada em seu rol de atribuições”. Grifo nosso

A Comissão de Licitação e/ou Pregoeiro caso acredite necessário poderá fazer diligências para a elucidação da veracidade de documentos apresentados pelos licitantes, de forma a comprovar sua fidedignidade e de afastar possíveis irregularidades que poderão comprometer a regularidade do certame, assim como ulteriores responsabilizações. Neste sentido é a orientação do TCU constante do Acórdão nº 1385/2016 – Plenário:

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 013.596/2015-2

Natureza: Pedido de Reexame (em Denúncia)

SUMÁRIO: DENÚNCIA. PREGÃO. ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA NÃO APOIADOS POR CONTRATOS E NOTAS FISCAIS QUE COMPROVASSEM A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

12. Ocorre que, por outro lado, diante de dúvidas em relação aos documentos apresentados pelo licitante, **faculta-se à comissão de licitação ou ao pregoeiro a realização de diligências para a verificação da fidedignidade de seu conteúdo**. Da mesma forma, compete ao órgão de controle externo verificar a correta observância das normas e princípios relativos aos procedimentos licitatórios no âmbito da Administração Pública Federal. GN

Patente é que no caso de dúvidas em relação à fidedignidade e/ou validade de quaisquer documentos relacionados à habilitação dos licitantes é dever da Comissão de Licitação/Pregoeiro promover as respectivas diligências para saneamento do fato, caso contrário seus membros poderão responder perante os órgãos de controle por possíveis irregularidades que por ventura possam decorrer da conduta dos seus membros.





No caso vertente, temos que a Comissão de Licitação – Pregoeira ainda não se debruçou sobre a análise da documentação concernente à habilitação, estando o processo na fase de classificação e julgamento das propostas, portanto, a verificação da documentação deverá ser procedida em momento oportuno, haja vista a inversão de fases do pregão em relação às modalidades de licitação da Lei nº 8.666/93.

Nesta fase processual, a Pasta solicitante dos serviços tem encargo de se manifestar quanto ao preço e demais particularidades da proposta do fornecedor mais bem colocado em relação às regras do edital; se consubstancia de ato de gestão interna do órgão essa verificação, vide Despacho nº 1717/2018.

Entrementes, não há óbice em que a ATS possa se insurgir quanto à validade de documentos em que teve acesso no bojo deste processo licitatório, mormente em se tratando de atestado de habilitação (capacidade técnica operacional) fornecido pela própria Agência licitante. Todavia, conforme explicitado anteriormente, a condução e julgamento do certame licitatório é competência exclusiva da Comissão de Licitação/Pregoeiro, devendo a mesma deliberar sobre todos os atos e decisões pertinentes ao certame, v.g., as impugnações, recursos, questionamentos e demais informações solicitadas pelos licitantes, cidadãos, órgãos de controle e pelo próprio licitante dos serviços.

Não se pode olvidar que os atos do procedimento licitatório que possam macular seu regular andamento podem e devem ser suscitados e revistos pela Administração a qualquer momento, em especial aos vícios de legalidade que contamine requisitos essenciais para a prática do ato administrativo.

O Atestado apresentado como requisito de qualificação técnica operacional pela empresa Tapajós Ambiental Ltda., fornecido pela ATS – Pasta licitante dos serviços, foi emitido tendo por base a prestação de serviços realizados no âmbito do Contrato nº 056/2018 constante dos autos nº 2017/38970/000313, objeto de análise por parte desta CGPT quando da pretendida dispensa emergencial de licitação – vide Parecer Técnico nº 20/2018 (SGD: 2018/09049/000481) e Despacho nº 26/2018 – SUGACI (SGD: 2018/09049/002100).

Em decorrência do não atendimento das diligências materializadas nos documentos técnicos acima invocados, foi determinado que se procedesse à realização de uma Inspeção no Contrato suso mencionado, nos termos da Portaria CGE nº 33/2018 publicada no D.O.E nº 5.122, de 29/05/2018 - autos 2018/09041/00040, onde a Comissão de Inspeção através do Relatório nº 002/2018, carreado às fls. 1100 usque 1154, deste processo, pugnou pela nulidade do Contrato nº 056/2018 e conseqüente irregularidade da dispensa emergencial, tendo por espeque a falta de comprovação da capacidade técnica operacional para a realização dos serviços contratados – vide item nº 5 – das recomendações.

A seu turno, a ATS atendeu as recomendações desta Controladoria e instaurou processo de Sindicância Investigativa para apurar supostas irregularidades e ilegalidades nos autos nº 2017/3897/000313, vide Portaria nº 44/2018 publicada no D.O E nº 5.163 de





26/07/2018, assim como promoveu também à decretação de nulidade do Contrato nº 056/2018, conforme termo de rescisão unilateral por nulidade contratual em razão da contratada não possuir capacidade técnica, documentos anexos.

É sabido que a Administração Pública possui o PODER-DEVER de controlar e rever seus próprios atos – AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA, anulando-os quando eivados de ilegalidade em observância ao princípio da legalidade, ou, ainda, revogando-os quando se revelam inconvenientes ou inoportunos, visando sempre à satisfação do interesse público, tudo isso conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal constante das Súmulas nºs 346 e 473, *in verbis*:

Súmula 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles 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.

Súmula 346

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Referido instituto também encontra assento na legislação infraconstitucional federal, conforme se vislumbra do art. 53 da Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito federal e do art. 49 da Lei nº 8.666/93 que dispõe sobre licitações e contratações públicas, respectivamente, nos seguintes termos:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

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.

Portanto, o reconhecimento de irregularidades insanáveis em processos administrativos no âmbito da Administração Pública é matéria conhecível *ex officio*, conforme da Súmula nº 473 do E. Supremo Tribunal Federal alhures mencionada.

O Tribunal de Contas da União possui entendimento de que a declaração de nulidade do contrato administrativo tem o condão de invalidar todos os atos praticados no





interstício de sua vigência, possuindo nestes casos o efeito *ex tunc*, retroativo, conforme jurisprudência a seguir colacionada:

ACÓRDÃO 2361/2018 PLENÁRIO GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC-008.683/2018-2

Natureza: Representação

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO, VIA RDC, DA ELABORAÇÃO DE PROJETOS E DA EXECUÇÃO DE OBRAS DE RECONSTRUÇÃO DA ORLA DA CIDADE. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NO EDITAL E NA AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS APRESENTADAS. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR DETERMINANDO A SUSPENSÃO DO CERTAME. OITIVAS DA PREFEITURA CONTRATANTE E DA LICITANTE VENCEDORA. REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS. **ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO PELOS GESTORES.** REPRESENTAÇÃO PREJUDICADA POR PERDA DO OBJETO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO

15. Quanto à Representação interposta pela empresa JS Serviços, esta é inócua. **A Administração pode anular seus atos, porque deles não se originam direitos. Ela está implicitamente reforçando o fato de que, como a invalidade tornaria o ato írrito, nulo por vício original, então o desfazimento deve ter efeito *ex tunc*, isto é, com efeitos retroativos, caso o ato tenha produzido efeitos provenientes de direitos inexistentes.** Esta é a inteligência da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal adiante reproduzida.

ACÓRDÃO Nº 1900/2008 - TCU – Plenário

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC-027.077/2006-4

Natureza: Representação

83. **Com efeito, conclui-se que ato administrativo eivado por flagrante afronta à lei deve ser considerado nulo, não podendo gerar efeitos válidos, nem ser convalidado, pela impossibilidade de repeti-lo sem vício.** Se não gera efeitos válidos, inválidos serão os efeitos gerados pelo ato irregular, que deverá ser anulado pela Administração, pelo princípio da autotutela, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação, bem como demais atos decorrentes daquele.

Nulidade do procedimento licitatório e nulidade dos atos decorrentes da licitação viciada

84. Ao tratar sobre a anulação de procedimento licitatório viciado por prática de ato ilegal, a Lei nº 8.666/93 explicita, em seu art. 49, ser este um dever da autoridade competente, além de afirmar que a





nulidade da licitação induz à do contrato, consequência esta do fato que ato nulo não pode gerar direitos ou efeitos válidos:

86. No caso em análise, do resultado apurado na licitação decorrem a portaria de outorga, o decreto legislativo que lhe confere validade e, finalmente, o contrato de permissão. Como consequência de todo o exposto, **entende-se que a licitação viciada por ato ilegal se constitui em procedimento nulo, não sendo possível que atos que nela se fundamentem gerem efeitos válidos. Os atos decorrentes da licitação nula também são nulos, por contaminação do vício existente em sua origem.** GN

Na mesma vereda é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins a esse respeito, conforme se faz ver das deliberações abaixo relacionadas onde a Corte assentou que a anulação do edital enseja a anulação dos respectivos contratos, vejamos excertos:

ACÓRDÃO Nº 367/2009 – PLENÁRIO (PROCESSO 5238/2008),

Ementa: Edital Pregão Presencial nº 023/2008. Contratos nºs 003/2008 004/2008. Ilegal em decorrência da ilegalidade do Edital. Infringência ao art. 37, XXI, da Constituição Federal art. 3º, caput da Lei nº 8.666/93. Aplicação de Multa. Determinação de Instauração de Tomada de Contas Especial. Publicação. Intimação do Ministério Público junto este Tribunal.

8.1. considerar ilegal Edital de Licitação modalidade Pregão Presencial nº 023/2008 consequentemente os Contratos nºs 003/2008 004/2008, firmados entre Estado do Tocantins, por meio da {.....} e as empresas {.....}, em decorrência da irregularidade no referido edital por infringir art. 37, XXI, da Constituição Federal art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

RESOLUÇÃO PLENÁRIA Nº 430/2014 (processo 8945/2008)

7.1. Decidir pela ilegalidade formal o Pregão Presencial nº 093/2008 seu decorrente Contrato nº 243/2008, e seus 1º. 2º e 3º termos aditivos, firmado entre o Estado do Tocantins, por intermédio da {.....} e a empresa {.....}. Ocultamos e grifamos.

Da leitura do comando legal capitaneado no § 2º do art. 59 da Lei nº 8.666/93 e da jurisprudência do TCU e TCE/TO acima colacionadas, infere-se que a nulidade do procedimento licitatório induz como consequência à do contrato, ressalvando-se, por oportuno, a inteligência do disposto no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 no que tange ao dever da Administração indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa – tudo isso em obediência ao princípio da vedação de enriquecimento sem cauda por parte da Administração.





Pelo exposto e sem prejuízo de considerações opostas, entende esta Controladoria do Gasto Público e Transparência que em virtude da declaração de nulidade do Contrato Administrativo nº 056/2018 constante dos autos nº 2017/38970/000313, os documentos oriundos da respectiva avença não podem ser aproveitados, principalmente para fins de habilitação em licitação, porquanto, se a empresa não demonstrou ter capacidade técnica operacional para execução do contrato em voga não poderá a mesma se valer do termo declarado nulo para aval de ulterior contratação com o poder público, conforme exauriente fundamentação esposada neste Despacho.

Outrossim, muito embora seja da competência da assessoria jurídica de cada órgão examinar e aprovar os atos a serem praticados pelo respectivo gestor com as ressalvas do Decreto nº 4.733/2013, pela materialidade e importância do feito, diligente se faz ouvir a Procuradoria Geral do Estado que possui o *status* de órgão de hierarquia superior de consultoria jurídica do Estado do Tocantins, consoante disposições legais entabuladas nos artigos 132¹ da Constituição Federal, 51² da Constituição Estadual c/c com as disposições da LC nº 020³, de 17 de junho de 1999, que, diante do caso em tela, entende-se o necessário o posicionamento jurídico da Procuradoria Geral do Estado.

Por fim, resta informar que a prestação de serviços oriunda do Contrato nº 056/2018 - autos 2018/38970/000313 está sendo objeto de investigação a cargo do *Parquet* Estadual, conforme se vislumbra da Portaria de Instauração de Inquérito Civil Público nº 1724/2018, processo nº 2018.0007382 da 28ª Promotoria do Patrimônio Público da Capital, documento anexo, e também da Corte de Contas Estadual⁴.

Restitua-se o processo em epígrafe à Agência Tocantinense de Saneamento para providências de sua alçada.

DIRETORIA DE AUDITORIA E FISCALIZAÇÃO, em Palmas, aos 10 dias do mês de janeiro de 2019.

¹ Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

² Art. 51. A Procuradoria-Geral do Estado, vinculada ao Poder Executivo, ao qual presta as atividades de consultoria e assessoramento jurídico, é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa o Estado, judicial e extrajudicialmente, nas questões patrimoniais e nos termos de lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento.

³ Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado e adota outras providências.

⁴ Art. 118. Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência de imediato ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária. (LOTCE/TO)





JOSÉ BATISTA DE LIMA FILHO
Supervisor de Controle Interno

AUGUSTO DE SOUZA PINHEIRO JÚNIOR
Diretor

BENEDITO MARTINIANO DA COSTA NETO
Superintendente

De acordo.

SENIVAN ALMEIDA DE ARRUDA
Secretário-Chefe

