

Processo administrativo nº 239.778/2018

Parecer nº 3.887/2019 – NJ/EMSERH

**Assunto: Direito Administrativo. Anulação de Ato Administrativo. Lei Federal nº 13.303/2016. Arts. 13 e 43, § 1º do Regulamento Interno de Licitações e Contratos/EMSERH. Aprovação de Minuta do Contrato pelo Núcleo Jurídico. Declaração de Nulidade. Viabilidade Jurídica.**

Cuida-se de Processo Administrativo protocolado sob o nº 239.778/2018, instaurado a partir do Memorando nº 443/2018 – DIR. CLÍNICA/EMSERH, pelo qual a Gerência de Serviços Hospitalares solicitou a contratação de empresa especializada no fornecimento de fios cirúrgicos – grupo II, para atender as demandas das unidades de saúde administradas por esta Empresa Pública.

De início verifica-se que este Núcleo Jurídico manifestou-se nos autos em epígrafe nos termos do Parecer nº 2.242/2019-NJ/EMSERH (fls. 258/264-V), no qual opinou “no sentido de que foram respeitados os elementos necessários à instrução processual da fase interna deste procedimento licitatório, assim como que a Minuta do Edital (e seus anexos), encontra-se em total conformidade com o disposto na Lei Federal nº 13.303/2016 e com o Regulamento Interno de Licitações e Contratos/EMSERH”.

Desta feita, observa-se que este Núcleo Jurídico aprovou a Minuta do Instrumento Convocatório (Edital e Anexos) acostada às fls. 227/256.

Ocorre que, após o regular trâmite do certame consubstanciado na Licitação Eletrônica nº 027/2019-CSL/EMSERH a Comissão Setorial de Licitações adjudicou os itens 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16, totalizando o montante de R\$ 2.571.318,00 (dois milhões quinhentos e setenta e um mil trezentos e dezoito reais), conforme o Termo de Adjudicação nº 060/2019-CSL/EMSERH à fl. 416/417.

Nesta esteira, ao receber os presentes autos para fins de emissão de Declaração de Conformidade, a Auditoria Interna/EMSERH exarou o Relatório de Análise à fl. 416, relatando “que a publicação do anexo IV, minuta do contrato, (fls. 228v-293) está divergente da aprovada pelo núcleo jurídico (fls. 221-225v e 250v-256)”.

Ao manifestar-se sobre a divergência apontada pela AUDIN/EMSERH, a CSL informou, no Despacho Administrativo à fl. 417, o que segue:

*Quanto a segunda observação, houve um equívoco na confecção do Edital (fls. n. 266-293), e, por engano, foi anexada uma Minuta de Contrato diversa da anexada à Minuta de Edital (fls. 227-256) e aprovada pelo Núcleo Jurídico (fls. n. 258-264v).*

Os autos foram encaminhados a este Núcleo Jurídico para manifestar-se sobre a incongruência acima narrada.

### **É o relatório. Passamos a opinar.**

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a atual manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe e que diz respeito a aspectos jurídicos, não adentrando em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa ou financeira. Destaca-se, ainda de maneira preliminar, que, à presente situação deve ser observado o disposto no Regulamento de Licitações e Contratos em sua versão aprovada pelo Conselho de Administração em 21 de Dezembro de 2017.

Outro aspecto o qual merece importante destaque é a legislação aplicável à presente contratação. *In casu*, conforme extrai-se da Minuta do Edital de Licitação aprovado por este Núcleo Jurídico, o presente certame será regido pelos termos, dentre outras, da Lei Federal nº 13.303/2016 e Regulamento Interno de Licitações e Contratos/EMSERH, não cabendo, nem de forma subsidiária, a utilização da Lei Geral de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993).

Ocorre que, em obediência ao disposto no art. 40<sup>1</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016, a Empresa Maranhense de Serviços Hospitalares editou o seu RILC próprio o qual estabelece, em seus arts. 13 e 43, § 1º, a necessidade de aprovação das minutas dos contratos firmados por esta Empresa Pública, senão vejamos:

<sup>1</sup> Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

I - glossário de expressões técnicas;

II - cadastro de fornecedores;

Art. 13 As minutas de editais de licitação, bem como dos instrumentos contratuais, serão previamente examinadas e aprovadas pelo Núcleo Jurídico da EMSERH, ressalvados os casos de utilização de minuta padrão anteriormente analisadas e aprovadas, nos moldes de regulamentação interna específica.

Art. 43. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva e a indicação sucinta de seu objeto, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

§1º As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas pelo Núcleo Jurídico da EMSERH, ressalvados os casos de utilização de minuta-padrão.

Da leitura dos dispositivos legais acima colacionados vislumbra-se que, ao editar o seu regulamento próprio, a EMSERH preferiu por seguir a tendência estabelecida na Lei Geral de Licitações determinando a necessária aprovação das minutas contratuais pelo Núcleo Jurídico como **REQUISITO** para a formalização de uma avença.

Desta forma, considerando que a Minuta do Contrato publicada, a qual será observada no momento da formalização da relação com a empresa ZILFARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA, difere da que foi aprovada por este NJ no momento da análise do Edital (e seus anexos), consubstanciada no já referenciado Parecer 2.242/2019-NJ/EMSERH. Por consequência lógica, nos parece evidente que, não havendo a apreciação da minuta contratual colacionada ao instrumento convocatório, este não preencheu os requisitos legais que devem se fazer presentes para a prática deste ato, gerando clara hipótese de **ANULAÇÃO** de ato administrativo, senão vejamos.

Nesta esteira, é imprescindível trazer à baila as Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula nº 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473: 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.

Pois bem. Tendo em vista que o princípio da legalidade determina que a Administração Pública, seja ela Direta ou Indireta, está obrigada a agir sempre em consonância com o que determinar a legislação pertinente sob pena de nulidade do ato, o poder-dever de autotutela há de ser invocado na presente situação para reestabelecer a legalidade da presente contratação, o que, no presente caso, dar-se-á a partir da autodeclaração de nulidade no presente certame.

Este tipo de atuação encontra-se determinado pelo princípio da autotutela administrativa, assim descrito nos ensinamentos de Ricardo Alexandre e João de Deus<sup>2</sup>:

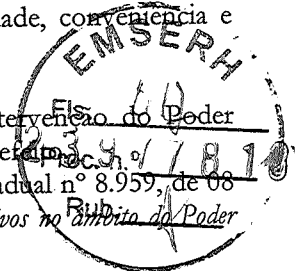
Ao bônus de gozar da presunção de legalidade e veracidade de seus atos corresponde o ônus de velar por tais características, devendo a administração proceder “de ofício” (independentemente de provocação pelos administrados) à anulação de atos ilegais.

Seguindo raciocínio semelhante, podemos dizer que à vantagem de gozar da presunção de que seus atos são praticados em defesa do interesse público (o que lhe assegura a supremacia) corresponde o dever da Administração de sempre buscar tal fim, sendo-lhe facultado revogar seus atos quando inconvenientes e inoportunos.

Podemos afirmar, portanto, que a Administração deve anular seus atos ilegais e pode revogar aqueles que considerar inoportunos ou inconvenientes, independentemente de pleito de

- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;
- IX - recebimento do objeto do contrato.

<sup>2</sup> Alexandre, RICARDO. DE DEUS, João. Direito administrativo. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO: São Paulo, 2017.



terceiros. O poder-dever concedido à administração de velar pela legalidade, conveniência e oportunidade dos atos que pratica é denominado autotutela.

Destaca-se que estamos diante de vício claro e manifesto, o qual não carece de intervenção do Poder Judiciário para que seja declarado nulo, devendo a EMSERH impedir que o mesmo produza qualquer efeito.

Esclarecido os conceitos acima trazidos é importante invocar ainda o art. 14 da Lei Estadual nº 8.959, de 08 de Maio de 2009 que “*Estabelece normas gerais para a elaboração e tramitação dos atos e processos administrativos no âmbito do Poder Executivo do Estado do Maranhão*” determinando o que segue:

Art. 14. Os atos administrativos em desacordo com os pressupostos legais e regulamentares de sua edição ou que desatendam os princípios da administração são inválidos, especialmente nos casos de:

I - incompetência da pessoa jurídica, órgão ou agente de que emanem;

**II - omissão de formalidades ou de procedimentos essenciais;**

III - impropriedade do objeto;

IV - abuso de poder;

V - desvio de finalidade;

VI - falta ou insuficiência de motivação;

VII - inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito.

A partir do momento em que o Regulamento Interno de Licitações e Contratos/EMSERH estabelece como requisito formal a aprovação da Minuta de Contrato, a sua não realização significa o descumprimento de procedimento essencial para que seja conferida a devida legalidade ao certame licitatório.

Neste interim é importante mencionar, para fins elucidativos, que a apreciação de documento diverso do anexado ao Instrumento Convocatório significa o mesmo que não apreciar a Minuta do Contrato, sendo inviável qualquer espécie de convalidação na situação em análise.

De fato, da leitura da Minuta do Contrato às fls. 250-V/256 (aprovada pelo jurídico) e da presente às fls. 288-v/293 (publicada junto ao instrumento convocatório), verifica-se não haverem muitas diferenças no que diz respeito ao conteúdo das cláusulas, porém, existem aspectos (destacamos as hipóteses de rescisão) que fazem uso de parâmetros completamente diferentes, inviabilizando qualquer espécie de convalidação.

Logo, a declaração de nulidade do ato em comento não se trata de uma faculdade conferida ao gestor, mas sim de uma obrigação, senão vejamos:

A pacífica doutrina do Direito Administrativo, o princípio da autotutela e a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal asseguram à Administração anular seus próprios atos, quando ilegais, demonstrada a nulidade com que foram praticados. No entanto, a possibilidade ou não da anulação parcial de determinado certame licitatório, o momento em que esta ocorreria, e a competência para a sua prática, geram alguma controvérsia na doutrina.

(...)

Apesar de alguns pontos divergentes na doutrina, todos os autores citados admitem, de uma forma ou de outra, a anulação parcial de um certame licitatório e o conseqüente refazimento de atos viciados, aproveitando-se os atos regulares praticados antes do vício identificado. Por óbvio, caso o vício atinja todos os atos constantes da licitação, necessária se faz a anulação completa, pois não haverá atos regulares aproveitáveis. Esse posicionamento reflete o pensamento que este Tribunal vem adotando ao julgar casos concretos envolvendo os efeitos decorrentes de atos viciados identificados durante a condução de certames licitatórios, e mesmo após a sua conclusão.

(...)

Da leitura das deliberações transcritas no item 6 precedente, extrai-se que este Tribunal atribui à autoridade que possui prerrogativas de nível deliberativo da instituição administrativa a responsabilidade pela anulação de atos tidos como viciados e dar continuidade ao certame licitatório, posicionamento este que vai ao encontro da manifestação do MP/TCU quanto à impossibilidade de a comissão de licitação assim proceder, excetuando-se, naturalmente, os casos nos quais haja delegação de competência da autoridade superior. Acórdão 1904/2008 Plenário TCU (Voto do Ministro Relator)



ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. JUNTA COMERCIAL. MANDATO DE VOGAL. MINISTRO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. NOMEAÇÃO. QUADRIÊNIO. ERRO DE FATO. CORREÇÃO. SÚMULAS 346 E 473 DO STF. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

(...)

4. "É certo que o poder de autotutela conferido à Administração Pública implica não somente uma prerrogativa, como também uma obrigação de sanear os vícios e restabelecer o primado da legalidade em hipótese na qual se depara com equívocos cometidos nas incontáveis atividades que desempenha, conforme rezam as Súmulas 346 e 473, do STF e o art. 53 da Lei nº 9.784/99" (MS 16.141/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 2.6.2011).

É cediço que Poder Judiciário e Tribunais de Contas não apresentam o mesmo entendimento em diversas questões mas, na presente situação, ambos são uníssomos em determinar que, caso seja verificada alguma ilegalidade na produção de ato administrativo, a própria Administração Pública DEVE anulá-lo, evitando, assim, a produção da menor quantidade possível de efeitos.

Estabelecida a necessidade de anulação do ato, é importante verificar aspectos referentes aos efeitos gerados por tal prática, devendo-se destacar o disposto no art. 62<sup>º</sup> da Lei Federal nº 13.303/2016, *in verbis*:

Art. 62. Além das hipóteses previstas no § 3º do art. 57 desta Lei e no inciso II do § 2º do art. 75 desta Lei, quem dispuser de competência para homologação do resultado poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável, ou anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, salvo quando for viável a convalidação do ato ou do procedimento viciado.

§ 1º A anulação da licitação por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A nulidade da licitação induz à do contrato.

§ 3º Depois de iniciada a fase de apresentação de lances ou propostas, referida no inciso III do caput do art. 51 desta Lei, a revogação ou a anulação da licitação somente será efetivada depois de se conceder aos licitantes que manifestem interesse em contestar o respectivo ato prazo apto a lhes assegurar o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

§ 4º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo aplica-se, no que couber, aos atos por meio dos quais se determine a contratação direta.

O instituto da anulação também encontra conceito estabelecido no RILC/EMSERH que, nos termos do art. 3º, VIII, assim se leciona:

Art. 3º Para os fins deste Regulamento, considera-se:

(...)

VIII - Anulação de licitação: ato da autoridade competente, desfazendo a licitação, ou parte dela, por vício ou ilegalidade, com base em parecer escrito e fundamentado;

Este mesmo diploma legal estabelece ainda o ato de anulação como um dos atos que podem ser praticados em uma das fases do certame licitatório, conforme extrai-se do art. 42, *in verbis*:

Art. 42. As licitações obedecerão a seguinte sequência de fases:

I preparação;

II divulgação;

III credenciamento e apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;

IV verificação da efetividade dos lances ou propostas;

V negociação;

VI habilitação;

VII julgamento do certame;

<sup>3</sup> Redação similar à presente no art. 121 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos/EMSERH  
EMPRESA MARANHENSE DE SERVIÇOS HOSPITALARES  
Av. Borborema, Nº 25 - Q 16 - Calhau CEP: 65.071-360  
São Luís/MA Tel: (98) 3235-7333 | CNPJ: 18.519.709/0001-63

- VIII interposição e julgamento de recursos;  
IX adjudicação do objeto;  
X homologação do resultado, revogação e/ou anulação do procedimento.



Não há de se tratar a anulação de um ato como fato “regular” de um procedimento licitatório, porém, não há como retirar a sua importância em função da manutenção da integridade de todas as contratações realizadas pela Administração Pública. O raciocínio é simples: havendo ilegalidade, deve ser extinto o ato.

Superada a questão referente à possibilidade de anulação do ato em comento, há de se verificar aspectos formais inerentes a tal decisão, dos quais destacamos, de início, a previsão constante no art. 43, XIX do RILC/EMSERH, que assim dispõe:

Art. 43. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva e a indicação sucinta de seu objeto, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

XIX Despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentados circunstanciadamente;

Nesta esteira há de se destacar que o art. 3<sup>ª</sup> da Lei Estadual nº 8.959/2009 determina expressamente que dos atos administrativos devem ser devidamente fundamentados, restando claro, em consonância com o trecho legal acima colacionado, a necessidade da apresentação, na Decisão que formalizar a anulação, dos motivos que levaram a tal prática, devendo ser observado o disposto no art. 15<sup>º</sup> deste mesmo diploma legal.

Porém, para fins de garantir a efetiva legalidade da Decisão que opinar pela anulação de qualquer ato referente a procedimento licitatório formalizado no RILC

Art. 223. Quando a Administração manifestar interesse em revogar ou anular licitação, no caso de iniciada a fase de apresentação de lances ou propostas, referida no inciso III do artigo 42, será concedido o prazo de 03 (três) dias úteis, a contar da data da divulgação do interesse, para que os licitantes manifestem interesse em contestar o respectivo ato.

Desta feita verifica-se que o procedimento que culminar em declaração de nulidade ato administrativo referente ao presente instrumento convocatório, a EMSERH deve conceder a todos os licitantes o direito de manifestar-se nos moldes do artigo acima transcrito, sendo esta uma forma de consagrar o princípio da ampla defesa e contraditório erigido ao grau de Direito Fundamental pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5<sup>º</sup>, LV.

Por fim ressaltamos que a declaração de nulidade de um ato administrativo macula todos aqueles que dele derivam, devendo os mesmos também serem anulados. Porém, na análise da extensão da decisão, deve ser observado que os documentos anteriores à publicação do instrumento convocatório não possuem ilegalidade, razão pela qual, não devem ser obrigatoriamente anulados.

### CONCLUSÃO

Isto posto este Núcleo Jurídico opina pela viabilidade jurídica em proceder-se à anulação do ato de publicação do instrumento convocatório referente à Licitação Eletrônica nº 027/2019-CSL/EMSERH, em razão da mesma não ter preenchidos os requisitos presentes no Regulamento Interno de Licitações e Contratos/EMSERH, devendo esta decisão atingir todos os atos praticados posteriormente neste certame até a Adjudicação contida no Termo nº 60/2019-CSL/EMSERH.

Ressalta-se que a nulidade não atinge os atos formalizados antes da publicação do instrumento convocatório, tendo em vista que o vício iniciou-se neste momento.

<sup>4</sup> Art. 3<sup>º</sup> A Administração atuará por meio de ato administrativo devidamente fundamentado, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

<sup>5</sup> Art. 15. A motivação deverá indicar as razões que justifiquem a edição do ato, sobretudo a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito, assim como a finalidade objetivada.

Destaca-se ainda para a necessidade de abertura de prazo para manifestação dos licitantes quanto à nulidade em comento, em obediência ao disposto no art. 223 do RILC/EMSERH, garantindo a estas a consagração da ampla defesa e contraditório.

Por fim, verifica-se necessário, ainda, que a continuidade deste processo obedeça ao disposto na Lei Estadual nº 8.959, de 08 de Maio de 2009, principalmente no que diz respeito às regras constantes no Capítulo V.

**É o Parecer, salvo melhor juízo.**

Encaminhem-se os presentes autos à **Auditoria Interna/EMSERH** para análise, conforme solicitação contida à fl. 416.

São Luís - MA, 19 de Junho de 2019.

*J. Silva*  
**Jacqueline Aguiar da Silva**  
Chefe do Núcleo Jurídico  
Matr. nº 5250 - NJ/EMSERH  
OAB/MA nº 9.333-A

*P. Ivo Fontenelle Cabral*  
**Pedro Ivo Fontenelle Cabral**  
Executivo Jurídico  
Mat. nº 1.071 - NJ/EMSERH  
OAB/MA nº 10.907

Emp. Maranhense de Serv. Hospitalares/EMSERH  
**RECEBIDO**  
EM: 19/06/19 HORA  
RUB. *Antônia 14:21*