

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 113/2021

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE LEILOEIRO

DECISÃO ADMINISTRATIVA

Instaurou-se o processo administrativo nº 113/2021, a partir do recurso apresentado tempestivamente por DANIEL ELIAS GARCIA, alegando irregularidades no Processo Licitatório nº61/2021.

Referido Processo Licitatório tem como objetivo a contratação dos serviços de leiloeiro oficial para realização de leilão de bens móveis de propriedade do Município de Pinheiro Preto.

Em suas contrarrazões, o recorrente alegou que a impossibilidade de pessoa jurídica participar da licitação.

Este ponto merece respaldo, tendo em vista que, a atividade profissional exercida pelo leiloeiro é pessoal e privativa. De acordo com a Instrução Normativa DNRC nº 110 de 19/06/2009, somente pode ser leiloeiro, a pessoa natural, pois trata-se de uma prestação de serviço personalíssimo, não podendo ser exercido por intermédio de pessoa jurídica. Vejamos:

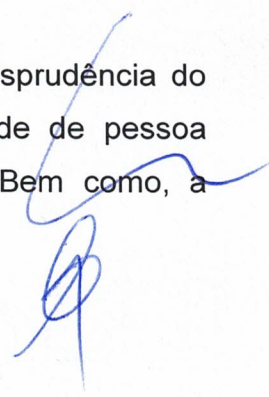
Art. 7º É pessoal o exercício das funções de leiloeiro, que não poderá exercê-las por intermédio de pessoa jurídica e nem delegá-las, senão por moléstia ou impedimento ocasional, a seu preposto, cabendo ao leiloeiro comunicar o fato à Junta Comercial.

Neste mesmo sentido, trás como requisito para a concessão da matrícula:

Art. 3º A concessão da matrícula, após o pagamento do preço público, a requerimento do interessado, dependerá da comprovação dos seguintes requisitos:

VI - não exercer atividade empresária, ou participar da administração e/ou de fiscalização em sociedade de qualquer espécie, no seu ou em alheio nome.

Neste viés, há diversos entendimentos, inclusive jurisprudência do Tribunal de Contas da União, estabelecendo a impossibilidade de pessoa jurídica participar de licitação para contratação de leiloeiro. Bem como, a



proibição de leiloeiros integrarem sociedades empresariais. Portanto, reconheço o recurso e aceito o mérito deste pedido.

Com relação ao percentual de 5%, o contrarrazoante reclamou a estipulação do edital para prestação inferior a 5%, alegando a ilegalidade referente à percentuais que resultem em afronta ao mínimo legal de 5% referente à comissão do leiloeiro público.

Sobre essa temática, analisamos o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina referente a Apelação/Remessa Necessária n. 0300855-32.2018.8.24.0065, de São José do Cedro:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE DE PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE LEILOEIRO OFICIAL PARA REALIZAÇÃO DE LEILÃO DE BENS MUNICIPAIS INSERVÍVEIS. EDITAL DO CERTAME QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO, PELO LICITANTE, DE PROPOSTA CONTEMPLANDO VALOR DE COMISSÃO, DEVIDA PELO ARREMATANTE, INFERIOR AO PERCENTUAL DE 5% PREVISTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 24 DO DECRETO N. 21.981/32. SEGURANÇA CONCEDIDA, NA ORIGEM, PARA DECLARAR A NULIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, PELO FUNDAMENTO DE QUE É ILEGAL A ESTIPULAÇÃO DE PERCENTUAL DE COMISSÃO INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL DE 5%. RECURSO DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. ALEGAÇÃO DE QUE AS DISPOSIÇÕES DO DECRETO N. 21.981/32 NÃO FORAM RECEPCIONADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. TESE PROFÍCUA. ADVENTO DA CF/88 E DA LEI N. 8.666/93 QUE TORNARAM REGRA A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COM OBSERVÂNCIA À AMPLA COMPETITIVIDADE E SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. LIMITAÇÃO NO VALOR DA COMISSÃO ATENTATÓRIA À LÓGICA CONSTITUCIONAL E INVIABILIZADORA DA COMPETIÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO VIOLADOR A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA DENEGADA.

(TJ-SC - APL: 03008553220188240065 São José do Cedro 0300855-32.2018.8.24.0065, Relator: Vera Lúcia Ferreira Copetti, Data de Julgamento: 07/11/2019, Quarta Câmara de Direito Público)

Qual segue o inteiro teor:

[...]

Superada a prefacial, no que concerne à matéria de fundo, dos autos se deduz que a sentença declarou a nulidade do processo licitatório de n. 38/2018, deflagrado pelo Município de Guarujá do Sul, na modalidade de pregão presencial, de n. 28/2018, cujo edital se acha encartado às pp. 14-29 e tem por objeto a "contratação de Leiloeiro Oficial, devidamente registrado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, visando a realização de Leilão Público de bens móveis inservíveis pertencentes ao Município de Guarujá do Sul" (item 2.1 do edital, p. 14), pelo fundamento de que é nula a estipulação que permite a oferta dos serviços e formulação de proposta com comissão, devida pelo comprador/arrematante ao leiloeiro, inferior aos 5% (cinco por

cento) previstos no parágrafo único do art. 24 do Decreto Lei n. 21.982/32.

Para exata compreensão da controvérsia, cumpre transcrever o disposto nos itens 7.2, 7.2.1. e 9.1 do edital do certame:

7- ENVELOPE DA PROPOSTA:

(...)

7.2. a proposta comercial a licitante deverá apresentar o percentual de comissão a ser cobrado do arrematante;

7.2.1. Nos percentuais serão considerados até a segunda casa decimal e o percentual de comissão máximo será de 5,00% (cinco por cento).

(...)

9- DO JULGAMENTO

9.1. No julgamento de propostas, será(ão) considerada(s) vencedora(s) a(s) licitante(s) que apresentar(em) o MENOR PERCENTUAL DE COBRANÇA, desde que atendidas as especificações constantes deste Edital. (...) (pp. 15 e 17).

E, também, o que estabelece o parágrafo único do art. 24 do Decreto n. 21.981/32, in verbis:

Art. 24. A taxa da comissão dos leiloeiros será regulada por convenção escrita que, sobre todos ou alguns dos efeitos a vender, eles estabelecerem com os comitentes. Em falta de estipulação prévia, regulará a taxa de 5% (cinco por cento), sobre moveis, mercadorias, jóias e outros efeitos e a de 3 % (três por cento), sobre bens imóveis de qualquer natureza.

Parágrafo único. Os compradores pagarão obrigatoriamente cinco por cento sobre quaisquer bens arrematados. (Destacou-se)

A sentença, com base no dispositivo acima transcrito, concedeu a segurança e declarou a nulidade do processo licitatório sob o fundamento de que "a definição de uma comissão mínima para determinada classe não é incompatível com as normas constitucionais, mesmo a livre concorrência (artigo 170, IV)".

Todavia, entende-se, data venia, que merece reforma a decisão.

Sabe-se que a Constituição Federal (CF) é a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a legislação infraconstitucional, que com ela for incompatível, não subsiste.

Oportuna, no ponto, a seguinte lição doutrinária:

"Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.

(...)

Sistematizando, então, as ideias pertinentes, vai-se ver que a supremacia da Constituição é tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Isso faz com que o produto de seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas (...) (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e

aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora - 7. Ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165 e 168)

Disso decorre que o conflito entre a legislação infraconstitucional com a Constituição Federal "encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável" (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Bonet Branco - 12. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 106).

Nesse sentido, o Decreto n. 21.981/32, invocado pelo impetrante, é quase secular e suas disposições – no que aqui importam – são incompatíveis com a Constituição Federal promulgada em 1988.

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal prevê, como regra, a obrigatoriedade de licitação para contratação com a Administração Pública, estabelecendo que "as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...)", disposição que, pela força normativa do texto constitucional, prevalece sobre aquela – pretérita à promulgação da Constituição Federal - do art. 42, caput, do Decreto em estudo, de que a escolha do leiloeiro será feita mediante observância de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo.

Nesse ponto não há controvérsia instalada nos autos.

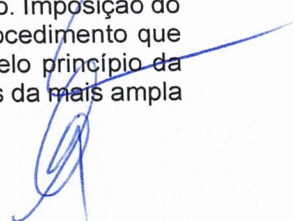
A discussão reside, contudo, na (im)possibilidade do edital do certame estabelecer percentual de comissão inferior aos 5% (cinco por cento) previstos no parágrafo único do art. 24 do Decreto n. 21.981/32.

Como dito acima, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como regra, que a contratação com a Administração Pública deve ocorrer por meio de licitação e, nesse sentido, a Lei n. 8.666/93, que veio para regulamentar o processo licitatório, traz, em seu art. 3º, diversos critérios a serem observados, in verbis:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Assim, a licitação objetiva selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, por meio de ampla competitividade e em garantia de igualdade de condições entre os licitantes. O Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Eros Grau, assentou que:

"A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, se pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla



disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração" (Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3070/RN, Tribunal Pleno, DJe de 19.12.2007, destacouse).

Nessa toada, se, da interpretação do Decreto n. 21.981/32 frente às disposições da Constituição Federal se conclui pela inaplicabilidade do procedimento de contratação de leiloeiro contemplado naquele e pela necessidade de processo licitatório para tanto – o que, repisa-se, não é controvertido nos autos— é adequado que se conclua, também, sob pena de contradição, pela aplicação dos critérios gerais da Lei de Licitação, em detrimento do que estabelece o Decreto.

Disso decorre que é contrária à lógica constitucional da contratação por meio de licitação, da escolha da proposta mais vantajosa e da ampla competitividade o estabelecimento de um percentual mínimo de comissão devida ao leiloeiro, de modo que não há qualquer ilegalidade na disposição editalícia que admite proposta de comissão, a ser apresentada pelo licitante, em percentual inferior a 5% (cinco por cento).

Em consulta à jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça localizam-se precedentes com a mesma ratio decidendi aqui proposta, qual seja, a não recepção do Decreto n. 21.981/32 pela Constituição Federal de 1988:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL DE CREDENCIAMENTO (N. 002/2016) PARA LEILOEIRO OFICIAL DO MUNICÍPIO DE HERVAL D'OESTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PROVIMENTO LIMINAR PARA SUSPENDER O ANDAMENTO DO CERTAME. CONTRATAÇÃO POR ANTIGUIDADE A TEOR DO ART. 42 DO DECRETO N. 21.981/32, QUE REGULAMENTOU A PROFISSÃO DE LEILOEIRO. ÉDITO AFRONTOSO AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS (ART. 37, XXI, DA CF/88) E LEGAIS (ART. 2º DA LEI 8.666/93) DE REGÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

"O art. 42 do Decreto nº 21.981/32, ao dispor que a administração pública pode contratar de forma direta o leiloeiro mais antigo, não foi recepcionado pela CF (art. 37, XXI) e é contrário ao ordenamento infraconstitucional vigente (Lei nº 8.666/93)" (TJSC - Agravo de Instrumento n. 0155970-28. 2015.8.24.0000, de São José, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 21.3.2017), razão pela qual deve ser determinada a suspensão do certame deflagrado pelo Edital de Credenciamento n. 002/2016, destinado à escolha de leiloeiro oficial para o Município agravado. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0032897-82.2016.8.24.0000, de Herval d'Oeste, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 31-10-2017).

CONTRATO ADMINISTRATIVO FIRMADO APÓS REGULAR LICITAÇÃO (CONTRATAÇÃO DE LEILOEIRO PELO CRITÉRIO DE MENOR COMISSÃO SOBRE BENS LEILOADOS) ANULADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL SEM CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ILEGALIDADE MANIFESTA. LIMINAR MANTIDA. Embora reforce o poder de autotutela da administração pública, que pode rever seus atos (anular ou revogar) sem prévia manifestação do Judiciário, a Súmula nº 473 do STF deixa claro que tal poder não é

absoluto, notadamente em casos nos quais o vínculo com a administração é questionado por vício na sua origem.

ADEMAIS, ART. 42 DO DECRETO 21.981/32 NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. POSTERIOR E IMEDIATA CONTRATAÇÃO DIRETA, PELA MUNICIPALIDADE, DE OUTRO LEILOEIRO NULA.

O art. 42 do Decreto nº 21.981/32, ao dispor que a administração pública pode contratar de forma direta o leiloeiro mais antigo, não foi recepcionado pela CF (art. 37, XXI) e é contrário ao ordenamento infraconstitucional vigente (Lei nº 8.666/93).

AGRAVO NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0155970-28.2015.8.24.0000, de São José, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Segunda Câmara de Direito Público, j. 21-03-2017 – destacou-se) Colhe-se do voto deste último julgado:

"(...)

É bem verdade que o Decreto nº 21.981, de 19 de outubro de 1932, regula a profissão de leiloeiro e dispõe, em seu art. 42 que "nas vendas de bens moveis ou imóveis pertencentes à União e aos Estados e Municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo", de acordo com dados da Junta Comercial. Contudo, a Constituição Federal que veio ao ordenamento jurídico em 1988 exige que a administração pública, para contratar com o ente privado, deve se valer do procedimento licitatório. Não bastasse, a Lei de Licitações, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que é norma de caráter especial, apenas dispensa a licitação quando houver inviabilidade de competição (quando o objeto pretendido é singular ou quando só há um ofertante), em especial nos seguintes casos: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A contratação de prestador de serviço, mesmo leiloeiro, com efeito, não se enquadra em tal normativo.

Nesse contexto, porque o art. 42 do Decreto nº 21.981/32 não foi recepcionado pela CF e é contrário ao ordenamento infraconstitucional vigente, não poderia o Município de São José deixar de exigir a licitação para a contratação direta de Artur Henrique Carstens após, indevidamente, ter anulado o contrato administrativo firmado com o agravado, que submeteu-se a um Pregão.

Afinal, legislação ordinária anterior à CF de 1988 deve sucumbir às normas constitucionais que lhes são contrárias.

"(...)

A aplicação da limitação do valor da comissão pretendida pelo impetrante inviabilizaria a competição, porquanto bastaria que os



licitantes apresentassem proposta de cobrança da comissão no percentual de 5% (cinco por cento), como previsto no Decreto, e eliminariam qualquer risco de que outro licitante apresentasse proposta em valor inferior.

Além disso, ainda que o valor da comissão seja suportado pelo arrematante, não há como afastar a conclusão de que quanto menor o percentual de comissão apresentado pelo licitante, mais vantajosa será a proposta para a Administração Pública, eis que o participante do leilão público, ao efetuar seu lance, certamente computa em seu valor a quantia que será devida a título de comissão, visando o valor global de seu dispêndio, o que influencia no valor proposto, já que caso a comissão seja reduzida tal redução poderá ser aplicada no incremento do lance.

Dessa forma, inexistindo ilegalidade na previsão do edital, não há violação a direito líquido e certo do impetrante, o que torna imperiosa a denegação da segurança.

Por essas razões, voto no sentido de conhecer da remessa oficial e do recurso de apelação, dar provimento ao apelo, para, afastada a preliminar, reformar a sentença e denegar a segurança, ficando as custas a cargo do impetrante. Este é o voto.

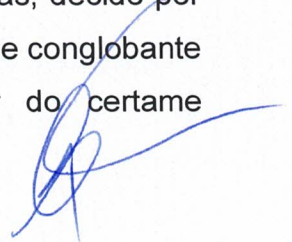
Nesse sentido, a Desembargadora deixa muito bem claro que não há qualquer dispositivo legal que proíba a apresentação de proposta em percentual inferior a 5%. Além disso, o art. 24, do Decreto nº 21.984/32, estipula apenas o percentual de 5%, não restringindo um mínimo e máximo dessa porcentagem.

Portanto, pode sim ser aceita proposta inferior a 5%, caso contrário, a limitação do valor dificultaria a competição, sendo este um dos princípios basilares da licitação, pois a apresentação da proposta no percentual de 5% excluiria outras propostas com valores inferiores.

Sendo assim, Decido:

Conhecer o recurso, pois o mesmo é tempestivo, concedendo provimento parcial quanto ao seu mérito de modo a reconhecer a impossibilidade de participação de pessoa jurídica na licitação para contratação de leiloeiro, com base nos fundamentos supracitados, bem como negar conhecimento do mérito inerente as alegações apresentadas referente ao percentual de lance mínimo de 5%, pelas razões acima expostas.

Ademais, com relação a reabertura de prazo de 08 dias, após alteração editálicia para excluir a participação de pessoas jurídicas, decido por manter o prazo originário do certame pois por meio de uma análise conglobante do ordenamento jurídico essas já não poderiam participar do certame



naturalmente. Portanto não restam prejudicadas pois pela sua natureza lhe é vedada o exercício de tal atividade.

Pinheiro Preto/SC, 02 de setembro de 2021



GILBERTO CHIARINI

Prefeito Municipal

ANDRÉ VICTÓRIO ARCARI FILIPPIM

Advogado – OAB/SC 40.864