Processo Administrativo Licitatório Pregão Presencial – SRP nº 9/2019-008.
Recorrente: VIRTUAL TELECOM LTDA – ME
Recorrido: PREGOEIRA MUNICIPAL

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso administrativo apresentado no **Processo Licitatório Pregão Presencial – SRP nº 9/2019-008** cujo o objeto é o Registro de Preços para futura e eventual contratação de Empresa Especializada em Serviços de Telecomunicações de Acesso à Internet Banda Larga para a implementação, operação e manutenção de um link de acesso, síncrono, dedicado à internet.

Alega a recorrente que foi descredenciada de forma ilegal mesmo tendo supostamente apresentada toda a documentação essencial como procuração com outorga de poderes e instrumento constitutivo da empresa registrada na JUCEPA e demais documentos.

Alega que o instrumento editalício prevê em seu item 4.1.2.1 que para fins de gozo dos benefícios dispostos na Lei Complementar nº 123/2006, os representantes de microempresas e empresas de pequeno porte deverão credenciar-se e apresentar certidão de enquadramento no Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, fornecida pela Junta Comercial da sede do licitante, de acordo com a Instrução Normativa DNRC nº 103/2007, e declaração de enquadramento em conformidade com o art. 3º da Lei Complementar nº 123/206, afirmando ainda que não se enquadram em nenhuma das hipóteses do § 4º do art. 3º da mencionada Lei.

Que tal subitem não possui qualquer obrigação de ser cumprido, alegando que se trata de documento para fins de gozo dos benefícios da Lei de Microempresas e empresas de pequeno porte, bem como a Recorrente teria apresentado documento público da JUCEPA que comprova a sua condição de microempresa.

Aduz que por falta de conhecimento da Lei nº 10.520/02 ou por motivo desconhecido que a Ilma. Pregoeira Municipal descredenciou a Recorrente do certame, impedindo que a mesma pudesse realizar lances na fase subsequente.

Fundamenta, ainda, que a empresa declarada como vencedora tem como sócio proprietário o Sr. Roseaildo Lima Arruda, alegando que o mesmo foi funcionário na condição de assessor especial deste Poder Executivo até dezembro de 2018. Que diante do fato, deve-se aplicar por analogia o art. 6º da Lei Federal nº 12.813/2013, que trata sobre conflito de interesses no âmbito da Administração Pública Federal.

Por fim, afirma que a apresentação da declaração exigida no edital é "*totalmente inaplicável e ilegal*" por não ser a referida declaração parte imprescindível para o credenciamento.

Ao final requer seja reconhecida a invalidade da sessão do pregão presencial referente ao Processo Licitatório *sub examine,* designando-se nova data para a mesma, bem como seja inabilitada a empresa declarada como vencedora por seu sócio proprietário ter sido funcionário da Prefeitura Municipal de Concórdia do Pará, com desligamento da Administração em tempo inferior a 6 (seis) meses da data do certame.

A empresa ROSEAILDO L. ARRUDA – ME apresentou contrarrazões ao recurso administrativo alegando, em síntese, pela preliminar de preclusão do direito de interpor recurso com fundamento diverso do que os motivos manifestados na ata da sessão.

Alega que a Recorrente manifestou intenção de interpor recurso somente pelo fato de seu descredenciamento, o que teria ocorrido por descumprimento das exigências editalícias.

No mérito, que o não cumprimento da exigência deve acarretar no descredenciamento da empresa, sob pena de descumprimento dos princípios basilares do procedimento licitatório.

Que o disposto no art. 6º da Lei Federal nº 12.813/2013 não encontra amparo legal para sua aplicação no âmbito da administração municipal, visto que rege

regras somente para os servidores do Poder Executivo Federal, não sendo cabível aplicação análoga no caso em tela.

Ao final requer seja o recurso não conhecido pela preclusão do direito de arguir fundamentos diversos daqueles manifestados na ata da sessão para interposição de recurso, bem como a manutenção da decisão que declarou vencedora a empresa ROSEAILDO L. ARRUDA – ME, nos termos da fundamentação de mérito.

A Ilma. Pregoeira Municipal manteve sua decisão pelos seus próprios fundamentos manifestados na Ata da Sessão do Pregão Presencial Processo Administrativo nº 08.03.2019.001/CPL, Pregão Presencial nº 9/2019-008.

Os autos me vieram conclusos para apreciação.

É o relatório.

DECIDO.

1. DA TEMPESTIVIDADE.

Como consta do inciso XVIII, do artigo 4º, da Lei 10.520/2002, declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar intenção de interpor recurso, oportunidade em que será concedido prazo de três dias para a apresentação das razões, e, após o termino do prazo estabelecido em Lei, será concedido prazo, em igual período, para a apresentação das contrarrazões aos demais licitantes.

Compulsando os autos verifico que as razões recursais e as contrarrazões foram apresentados dentro do prazo legal.

2. MÉRITO.

2.1. DO DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA.

Impende destacar que o edital é instrumento vinculativo que traz as condições e exigências para a contratação/aquisição de um determinado bem/serviço do qual necessita a Administração Pública, tornando-se a *"lei da licitação"*.

O Princípio da Vinculação do Edital, que norteia todo o procedimento licitatório incide tanto para os atos da administração quanto para os licitantes participantes do certame.

Desta forma, necessário atenção a todas as cláusulas editalícias, sobretudo aquelas que, quando não atendidas, geram sanção a empresa licitante, como é o caso em análise.

Verifica-se que item 4.1.2.1 do edital não é nenhuma cláusula formal que venha dar dupla interpretação pela administração ou licitantes.

A bem da verdade, é expresso no texto do instrumento vinculativo a exigência da apresentação da certidão de enquadramento no Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte a ser fornecida pela Junta Comercial da sede do licitante, bem como a declaração de enquadramento em conformidade com o art. 3º da Lei Complementar nº 123/06 que tem por objetivo declarar que o licitante não se enquadra em nenhuma das hipóteses do § 4º do art. 3º da Lei ao norte, conforme minuta fornecida no próprio edital em seu Anexo VIII.

Vejamos o texto na integra:

> 4.1.2.1. Para fins de gozo dos benefícios dispostos na Lei Complementar nº 123/2006, os representantes de microempresas e empresas de pequeno porte deverão credenciar-se e apresentar certidão de enquadramento no Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, fornecida pela Junta Comercial da sede do licitante, de acordo com a Instrução Normativa DNRC nº 103/2007, e declaração de enquadramento em conformidade com o art. 3º da Lei Complementar nº 123/206, afirmando ainda que não se enquadram em nenhuma das hipóteses do § 4º do art. 3º da mencionada Lei, **conforme Anexo VIII.**

Verifica-se que a empresa Recorrente deixou de apresentar a declaração exigida no item do edital, e, quanto a alegação em teses recursais de sua desnecessidade, não assiste razão o apelo.

A declaração nos termos da minuta do Anexo VIII do edital tem por finalidade que o sócio responsável manifeste seu enquadramento em conformidade com o que determina o art. 3º, bem como certificar que a empresa não se enquadra em nenhuma das hipóteses do § 4º do mencionado artigo.

O que prevê o art. 3º, I e II, *in verbis*:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:
> I - no caso da microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e
> II - no caso de empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano -calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

O dispositivo supramencionado traz os limites de receita bruta que cada empresa deve auferir em cada ano-calendário para que se enquadre em uma das hipóteses previstas.

Tendo em vista que tais informações de faturamento de receita bruta são informados diretamente a Receita Federal – Ministério da Fazenda a cada ano, caso a empresa venha a auferir valores inferiores ou superiores aos que previstos no artigo haverá um lapso temporal até que a RFB baixe um ato de reenquadramento da empresa no novo regime, devendo a empresa licitante emitir declaração de forma a se responsabilizar pelas informações e documentos ali apresentados no certame licitatório.

Já o § 4º do mesmo dispositivo traz as causas de exclusão para com o tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar 123/06, quais sejam:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; 6

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

Assim, caso se enquadre em uma das hipóteses acima, inclusive, por poder incorrer as vésperas do certame licitatório, a certidão de enquadramento emitida pela junta comercial da sede da empresa não seria o suficiente tendo em vista o lapso temporal de sua emissão, devendo, também, a empresa licitante apresentar declaração nos termos já mencionados como forma de se responsabilizar pelas informações e documentos apresentados e garantir a lisura e isonomia ao procedimento licitatório.

O edital é a lei interna da licitação e vincula inteiramente a Administração e os proponentes[1].

Vale expor que o Princípio da Vinculação do Edital tem por finalidade evitar futuros descumprimentos da própria norma, bem como resguardar diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, igualdade, moralidade, probidade administrativa e da impessoalidade.

No mesmo sentido, as lições da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[2]:

> Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, ***em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou***. (Destacou-se).

Acerca da matéria, é o entendimento jurisprudencial:

> CERCEAMENTO DE DEFESA – PROCESSO BEM INSTRUÍDO, DESNECESSÁRIA A DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA DESLINDE DA

[1] Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 30a ed., SP: Malheiros, p. 283.
[2] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2001.

CONTROVÉRSIA – INOCORRÊNCIA DE AFRONTA À AMPLA DEFESA – EXPRESSÃO UTILIZADA COM MERA FORÇA RETÓRICA – PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO CÍVEL – Pretensão anulação do ato administrativo que habilitou e considerou vencedora empresa em licitação realizada por meio do Pregão nº 21/2015 – Credenciamento em sessão pública que constou o benefício de preferência em favor das microempresas e empresas de pequeno porte nos termos da Lei Complementar nº 123/2006 – ***Autora que deixou de apresentar declaração requisitada em edital sobre seu enquadramento – Edital faz lei entre as partes, vinculando-as quanto aos documentos e ordem dos procedimentos a serem adotados para preservar a própria segurança jurídica – Declínio da disputa de lances verbais que não se traduz na desistência da licitação*** – Inteligência do artigo 45, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006 – Oportunizada nova oferta para empresa regida pela Lei Complementar nº 123/2006 – Habilitação e experiência técnica comprovadas – Procedimento licitatório sem ilegalidade e irregularidade – Apelação não provida. (TJ-SP - AC: 10000480220158260588 SP 1000048-02.2015.8.26.0588, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 01/03/2019, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/03/2019). (Destacou-se).

MANDADO DE SEGURANÇA ***Empresa inabilitada em licitação por não preencher os requisitos do edital. Do simples exame dos documentos juntados aos autos conclui-se que o contraditório foi exercido com amplitude pela impetrante.*** O que se passou nas diligências é questão de fato, cuja discussão em juízo demandaria dilação probatória, incompatível com o mandado de segurança Ilegitimidade e falta de interesse para recorrer da decisão que deu como vencedora a concorrente, uma vez que empresa ora apelante fora inabilitada Recurso improvido. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação: APL 9000059692010826 SP 9000059-69.2010.8.26.0037). (Destacou-

> se).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA - Procedimento licitatório - ***Empresa inabilitada motivadamente por descumprimento de exigências do edital - Edital é lei interna da licitação e "vincula inteiramente a Administração e os proponentes"*** (Hely Lopes Meirelles) - Capacidade operativa não se confunde com capacidade técnica específica - Recurso não provido. (TJ-SP 11ª Câmara de Direito Público. Processo de número: 0149985-05.2007.8.26.0000. Relator(a): Desembargador Francisco Vicente Rossi. Data do julgamento: 22/11/10). (Destacou-se).

Assim, a Recorrente deixou de atender à exigência essencial prevista no edital, não havendo que se falar em excesso de formalismo no *caso sub examine*.

Portanto, assiste razão a decisão da Ilma. Pregoeira Municipal no descredenciamento da empresa visto o não cumprimento do item do instrumento vinculativo do certame.

2.2. DA ALEGAÇÃO DE CONFLITO DE INTERESSE EM FACE DO CARGO EXERCIDO PELO SÓCIO DA EMPRESA VENCEDORA – ANALOGIA A LEI FEDERAL 12.813/13. FATOS NÃO ARGUIDOS NA INTENÇÃO DE RECURSO.

A Lei nº 10.520/02 veio por regulamentar uma das modalidades da licitação, qual seja, o pregão.

O mesmo diploma legal prevê em seu art. 4º, inciso XVIII a forma, exigências e prazos para a interposição de recursos administrativos nesta modalidade. Vejamos:

> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
> (...)
> XVIII - ***declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer***,

> quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Da análise do dispositivo ao norte percebe-se que o legislador previu que a intenção do recurso deve ser suscitada logo após a declaração do vencedor do certame, devendo constar no intento a motivação pelo qual o faz.

Registrada sua intensão e por qual motivo a fundamenta, o mesmo terá o prazo de três dias para apresentar as razões recursais.

Portanto, o prazo de três dias estabelecidos em lei não se refere a interposição do recurso em si, mas sim de suas razões, os fundamentos detalhados da motivação que o levou a recorrer no momento oportuno previsto na legislação.

Logo, podemos constatar também que os motivos não suscitados em sede de intenção de recurso não podem ser abordados nas razões posteriormente apresentadas, visto que há uma decadência do direito de discutir fatos ou questão que não foram devidamente motivadas em momento oportuno.

Acerca da matéria o entendimento do Eg. TRF da 5ª Região[3]: "Depreende-se que esta motivação é apenas a exposição sumária do fato que deu causa à intenção de recorrer, sendo que o mérito da questão será discutido nas razões de recurso apresentadas posteriormente".

Da análise dos autos, verifico que na Ata da Sessão do Pregão Presencial o representante da empresa manifestou intensão na interposição do recurso por conta do DESCREDENCIAMENTO da empresa licitante, senão vejamos:

> "(...) o representante da empresa VIRTUAL TELECOM LTDA – ME, CNPJ: 08.407.644/0001-00, Sr Nelson Rangel Nunes de Sousa, RG:

[3] TRF-5 - Remessa Ex Offício: REOMS 99847 SE 0001713-98.2007.4.05.8500. Segunda Turma. Desembargador Federal Francisco Barros Dias.

> 5229661, CPF: 001.196.022-10 **manifestou a intenção de interpor Recurso Administrativo pelo motivo de seu DESCREDENCIAMENTO**, sendo-lhe concedido o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentar recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a contar a partir de 16 de abril de 2019." (Destacou-se).

No entanto, o Recorrente traz nas razões recursais fatos novos que não foram suscitados durante a sessão e, por conseguinte, não foram objeto de motivação da interposição de seu recurso.

Verifico que as teses de conflito de interesse em razão do cargo outrora ocupado pelo sócio da empresa vencedora no Poder Executivo Municipal com desincompatibilização inferior a seis meses foram apresentadas sem qualquer amparo de registro em ata, pelo que entendo pela decadência do direito de apresenta-las em sede de razões recursais.

No mesmo sentido, já se posicionou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. JUSTIÇA FEDERAL. CONTRATAÇÃO DE SUPORTE TÉCNICO EM INFORMÁTICA. PREGÃO PRESENCIAL. RECURSO ADMINISTRATIVO. ART. 4º, XVIII, DA LEI Nº 10520/02. ART. 11, XVII, DO DECRETO Nº 3555/00. RAZÕES APRESENTADAS INTEMPESTIVAMENTE. - A empresa impetrante, ELO ENGENHARIA LTDA, insurge-se contra o recebimento e a análise das razões do recurso administrativo interposto pela empresa BRASÍLIA SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA, a qual restou desclassificada da licitação, de modalidade Pregão Presencial, promovida pela Seção Judiciária de Alagoas, para contratação de serviços de suporte técnico em informática. - A fase recursal, nessa modalidade de licitação, é concentrada. Somente ao final do procedimento, quando declarado o vencedor, é

que os licitantes que se sentirem prejudicados por quaisquer atos do Pregoeiro, praticados a qualquer tempo, poderão interpor recursos. Essa a exegese do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10520/02. ***- A intenção de recorrer deverá ser manifestada de forma imediata e motivadamente, em sessão, assim que proclamado o vencedor, após o que será concedido o prazo de 3 dias para apresentação das razões recursais. Isto quer dizer que a empresa interessada, verbalmente, interporá o seu recurso contra a decisão do Pregoeiro e dirá o motivo da sua discordância. O prazo de 3 dias concedido após a interposição do recurso servirá tão-somente para formalizar a complementação das razões recursais.*** - O Decreto nº 3555/00, que aprovou o Regulamento para as licitações de modalidade pregão, no art. 11, inciso XVII, também previu a manifestação da intenção de recorrer ao final da sessão, mas não tratou a apresentação das razões escritas, no prazo de 3 dias, como uma obrigação do recorrente e sim como uma faculdade. - Tendo havido a manifestação da intenção de recorrer da empresa BRASÍLIA SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA em sessão, quando ela afirmou que sua motivação era a inexistência de "previsão legal para a definição dos encargos rescisórios, por tratar-se de ser um encargo variável" (ata da reunião), ***as razões recursais apresentadas intempestivamente devem ser desconsideradas e o recurso deve ser julgado com base, unicamente, na fundamentação inicialmente proposta.*** - A lei também é clara ao dispor que os demais licitantes ficam, desde o momento da interposição verbal do recurso, intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos, não havendo necessidade de intimação dos interessados via publicação, já que o prazo para contra-razões corre na própria repartição. Segurança denegada. (TRF – MSTR 96362 AL 2006.05.00.070597-8. Data de julgamento: 13/03/2008. Data de publicação: Diário da Justiça – 15/04/2008). (Destacou-se).

Da decadência do direito de apresentar as razões recursais:

> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. DIREITO A RECURSO E MANIFESTAÇÃO DE INTENÇÃO DE RECORRER. ARTIGO 4.º, XVIII, LEI N.º 10.520/02 E SUBITEM 14.19 DO EDITAL. ***Não manifestada pela agravante, imediata e motivadamente, sua intenção de recorrer, como exigido pelo artigo 4.º, XVIII, Lei n.º 10.520/02 e pelo subitem 14.19 do edital, com o respectivo registro em ata, não há cogitar de qualquer ilegalidade na decisão administrativa que entendeu pela decadência do seu direito*** de recorrer, na forma do disposto no artigo 4.º, XX, Lei n.º 10.520/02. (Agravo de Instrumento Nº 70060480191, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS). (Destacou-se).

Pelo exposto, reconheço a decadência da apresentação das razões recursais apresentadas pela Recorrente.

2.3. DA AUTOTUTELA. AUTONOMIA DA ADMINISTRAÇÃO PARA ANULAR OU REVOGAR SEUS PRÓPRIOS ATOS SEM A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL.

Muito embora as razões recursais quanto ao conflito de interesse suscitadas pela Recorrente tenham incorrido na decadência, tenho que a Administração foi provocada a analisar a matéria, e, pelo poder que goza a Administração Pública para anular ou revogar seus atos administrativos quando estes se apresentem, respectivamente, ilegais ou contrários à conveniência ou oportunidade administrativa, passo a analisar a matéria no uso da Autotutela que me é cabível.

Vale frisar que tanto na revogação quanto na anulação, não é necessário a intervenção do Poder Judiciário, podendo ambas serem realizadas por meio de ato administrativo autoexecutável.

A Suprema Corte a tempos consolidou sua jurisprudência, sumulando a matéria, no sentido de que a Administração Pública tem poder de rever seus próprios atos quando estes encontram-se revestidos de nulidades ou vão de encontro ao interesse público.

> **Sum. 346 STF**: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Tal súmula reforça o poder de autotutela administrativa, segundo o qual a Administração pode agir de *ex ofício*, sem a necessidade de autorização prévia do Judiciário, e também rever seus atos de ofício.

Pois bem.

Verifico que o sócio da empresa licitante vencedora ROSEAILDO L. ARRUDA – ME foi servidor público da Prefeitura Municipal de Concórdia do Pará até o mês de dezembro de 2018 e que, nesta oportunidade, buscou por meio de pessoa jurídica devidamente registrada em junta comercial participar do processo licitatório em palco.

A Lei Federal nº 12.813/13 trata acerca de conflito de interesse no exercício do cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Municipal, prevendo em seu art. 6º, inciso II:

> Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:
> (...)
> II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

Deve haver observância às normas legais de regência, a exemplo da Lei Federal nº 8.666/93. É o que prevê o art. 9, III e § 3º:

> Art. 9 º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
> (...)
> III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Já o art. 84 define o conceito de servidor público para os fins de interpretação na Lei de Licitações:

> Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

Nota-se que o legislador não deixou dúvidas quando a impossibilidade de participação da licitação por servidor do órgão contratante.

Em respeito a previsão da Lei de Licitações, verifico que o edital do presente certame contemplou a norma no item 3.2, senão vejamos:

> 3.2. Não poderão participar deste certame: servidor, entidade contratante ou responsável pela licitação.

De igual forma, previu como exigência a apresentação de declaração a ser emitida pela empresa licitante atestando não possuir em seu quadro societário servidor público da ativa. É o que dispõe o item 7.2 do edital:

> 7.2. As licitantes deverão apresentar juntamente com os seus documentos de habilitação Declaração de cumprimento do previsto no inciso XXXIII, art. 7° da Constituição Federal, conforme modelo constante no Anexo IV, Declaração de que não possui em seu quadro societário servidor público da ativa, ou empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, conforme modelo constante no Anexo V e Declaração de Inexistência de Fato Superveniente Impeditivo de Habilitação, conforme modelo constante no Anexo III, deste Ato Convocatório.

Vejo, no entanto, que a aplicação por analogia do art. 6º, inciso II da Lei Federal nº 12.813/13 é aplicável no âmbito municipal para procedimentos licitatórios como forma de resguardar um dos princípios mais relevantes em nosso ordenamento jurídico, a moralidade administrativa, norteador de toda atividade estatal.

Acerca desta matéria, é como se posicional o Eg. Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando a igualdade de condições de todos os concorrentes" . Precedentes. ***Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, ATÉ SEIS MESES APÓS O FIM DO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes***. Inexistência de ofensa ao

> princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido. (STF - RE: 423560 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 29/05/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012). (Destacou-se).

Assim, se a Lei Federal nº. 12.813/2013 estabeleceu hipóteses de conflito de interesses no âmbito do Poder Executivo Federal, torna-se necessária a aplicação aos Entes Federados em garantia da moralidade, impessoalidade e legalidade, a se adequar legislação por analogia.

Tais princípios assumem importante papel para inibir e auxiliar no controle de atos que conflitem com essa finalidade pública da licitação. Outrossim, consoante ensina a eminente doutrinadora Fernanda Marinela, os princípios da moralidade e da probidade administrativa "*exigem a observância dos padrões éticos e morais, da correção de atitudes, da lealdade e da boa-fé*"[4].

Se tais princípios não estão garantidos no presente certame licitatório, a ilegalidade resta caracterizada.

No caso em tela, porém, não deve ser deixado de lado a lei de regência dos processos licitatórios. É o que dispõe a 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.
> § 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

[4] MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 363

> § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.
> § 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.
> § 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

No que tange especificamente à anulação de procedimento licitatório, Hely Lopes Meireles[5], nobre administrativista, acrescenta que a anulação "pode ser feita a qualquer fase e tempo antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital".

Constatada a ilegalidade, verifico que a exigência para que a Administração Pública não possa contratar com servidor até seis meses do fim do exercício de suas funções deve estar devidamente registrada em edital, o que não ocorreu no caso *sub examine*.

Não se pode inabilitar a empresa vencedora visto que cumpriu com as exigências previstas no edital, ainda que este seja omisso quanto a matéria em discussão, o que revela ilegalidade por afronta aos princípios administrativos já mencionados.

Tendo em vista a impossibilidade na atual fase do certame em retificação do edital, trata-se de vício de ilegalidade insanável, sendo a anulação do processo licitatório medida que se impõe em consonância com o poder de autotutela.

Neste sentido o entendimento jurisprudencial:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DA UNIÃO PELA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. MATÉRIA PRECLUSA. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 49 DA LEI 8.666/1993. 1. A Justiça Federal constatou inexistir interesse jurídico da União a justificar o processamento do feito naquele juízo, estando a matéria preclusa. Aplicação da Súmula

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros – 2004. P.302.

150/STJ. ***2. Nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, o procedimento licitatório pode ser revogado por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, bem como anulado por ilegalidade. Precedentes do STJ. 3. Na hipótese, a contagem de pontos para fins de classificação contrariou o disposto no edital, resultando em qualificação subjetiva, em confronto com o princípio do julgamento objetivo, nos termos do art. 45 da Lei 8.666/1993. 4. Evidenciada a ocorrência de irregularidades insanáveis no procedimento licitatório, correta sua anulação pela Administração Pública, mesmo após homologada a licitação.*** 5. Recurso Ordinário não provido. (STJ - RMS: 30049 GO 2009/0144671-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 21/09/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 25/2014. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO DOS QUANTITATIVOS POR MATERIAL E MÃO DE OBRA NA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA. VÍCIO INSANÁVEL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. 1. Diante do vício constatado no edital e do princípio da estrita vinculação ao instrumento convocatório, mostra-se devidamente motivado o ato que anulou a licitação. 2. Não há falar em qualquer abusividade no ato do administrador, que buscou cumprir os princípios estabelecidos no art. 3º da Lei 8.666/93, e também o disposto no art. 7º, § 2º, inc. II, da mesma lei, procedendo conforme o seu poder de autotutela, matéria que já foi objeto da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. 3. Em se tratando de certame, ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou abuso de poder da administração, é defeso ao Poder Judiciário invalidar ato do administrador, porque praticado em

> consonância com o seu poder de autotutela, sob pena de extrapolar sua competência. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70076914910, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 11/04/2018). (TJ-RS - AC: 70076914910 RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 11/04/2018, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/04/2018).

Reitera-se que por estar constatada nulidade no procedimento licitatório, deve a administração anulá-lo.

3. DECISÃO.

Ante ao exposto, conheço do recurso em parte e, na parte conhecida, **JULGO IMPRODECENTE** pelo descumprimento de exigência do item 4.1.2.1 do edital, nos termos da fundamentação;

Pelo poder de autotutela, diante da provocação da Recorrente quanto a matéria de vício insanável na atual fase do processo, forte nos fundamentos ventilados, hei por bem **ANULAR** o presente Processo Licitatório, Pregão Presencial – SRP nº 9/2019-008, por afronta aos princípios administrativos.

Intime-se os licitantes para, querendo, se manifestarem acerca da anulação em garantia ao contraditório e ampla defesa nos termos da lei.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Concórdia do Pará/PA, 13 de Maio de 2019.

ELIAS GUIMARAES SANTIAGO:29516064272

Assinado de forma digital por ELIAS GUIMARAES SANTIAGO:29516064272

Elias Guimarães Santiago
Prefeito Municipal