

---

## Procuradoria Geral do Município

**PARECER JURÍDICO Nº 168/2021**

**DATA: 30/04/2021**

**Interessado:** Departamento de Licitações

**Referência:** Mem. 0191/2021 - DEPTº DE LICITAÇÃO

**Procurador:** Rafael Melo de Sousa, OAB/PA 22.596

**Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. DA POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO. ILEGALIDADES: A) EXIGIR, COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO, A SIMILITUDE ENTRE O RAMO DE ATUAÇÃO CONSTANTE DO ALVARÁ E O OBJETO DA LICITAÇÃO; E B) A AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO OU MOTIVAÇÃO CLARA.**

### **I. PREAMBULARMENTE:**

Inicialmente, é válido registrar que o exame jurídico prévio das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes de que trata o parágrafo único do artigo 38 da lei nº 8.666/93 se restringe à parte jurídica e formal do instrumento, não abrangendo a parte técnica dos respectivos. (Tolosa Filho, Benedito de Licitações: Comentários, teoria e prática: Lei nº 8.666/93. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 119).

Ressalte-se que o Parecer Jurídico visa informar, elucidar e sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos da administração ativa.

Cumpra esclarecer, também, que toda verificação desta Procuradoria Jurídica tem por base as informações prestadas e a documentação encaminhada pelos órgãos competentes e especializados da Administração Pública.

Portanto, tornam-se as informações como técnicas dotadas de verossimilhança, pois não possui a Procuradoria Jurídica o dever, os meios ou sequer a legitimidade de deflagrar investigações para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos a serem realizados, impulsionados pelo processo licitatório.

Assim, toda manifestação expressa é posição meramente opinativa sobre a contratação em tela, não representando prática de ato de gestão,

mas, sim, uma **afereição técnico-jurídica que se restringe à análise dos aspectos de legalidade**, nos termos do inciso VI do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, afereição que, inclusive, não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão contratual do administrador - em seu âmbito discricionário.

Além do mais, nota-se que, em momento algum, se está fazendo qualquer juízo de valor quanto às razões elencadas pelos servidores que praticaram atos no intuito de justificar a referida contratação.

## **II. DO PARECER:**

### **a). Do Relatório:**

Trata-se, o presente Parecer Jurídico, de análise do Processo Licitatório nº 025/2021, Pregão Eletrônico nº 010/2021, a pedido do Departamento de Licitação, tendo por escopo, ao final, responder se o retrodito processo licitatório está revestido das formalidades legais ou não.

Ainda, o sobredito processo licitatório tem como objeto a contratação de empresa especializada para locação mensal de máquinas e veículos automotores pesados, com condutor, em atendimento às Secretarias Municipais de Administração, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e a Secretaria de Municipal de Educação, Cultura e Lazer.

Dessa forma, urge narrarmos, resumidamente, o histórico do sobredito processo licitatório. Confira-se.

Após minuciosa análise dos autos, conclui-se que a testilhada licitação, **até a data da realização da sessão pública do Pregão Eletrônico nº 010/2021**, observou todas as formalidades legais.

Em 26 de março de 2021, fora iniciada a sessão pública do Pregão Eletrônico nº 010/2021. Em 31 de março de 2021, a licitante **Aitude Empreendimentos e Serviços EIRELI** foi inabilitada, tendo como motivo, apresentado pela pregoeira, "ramo de atividade no alvará de funcionamento não está de acordo com o objeto do certame." (Fls. 909).

De igual forma, oportuno constar, ocorreu com a licitante **E. D. Araújo Construtora**, a qual fora inabilitada do certame, "tendo em vista" - sustenta a

pregoeira - “que a mesma [a empresa licitante] não apresentou atestado de capacidade técnica em conformidade com o disposto nos itens 12.3.3.1 e 12.3.3.2, em especial quanto ao quantitativo mínimo.” (Fls. 911).

Ademais, por ser de salutar importância, como se verá em momento oportuno, declina-se que a empresa **JB Cardoso Serviços e Transporte LTDA**, também participante da analisada licitação, foi inabilitada do certame. Porém, diferentemente dos supracitados casos, a pregoeira, neste caso, deteve-se, em sua motivação, a dizer que a licitante “não apresentou todas as documentações exigidas no edital.” (Fls. 909).

Em decorrência disso, as duas primeiras retrocitadas licitantes, **Atitude Empreendimentos e Serviços EIRELI** e **E. D. Araújo Construtora**, manifestaram, individualmente, intenção de recorrer. Ato contínuo, as aludidas licitantes apresentaram as suas razões recursais (fls. 138-140). A licitante **FGS Construtora e Serviços EIRELI**, por outro lado, apresentou contrarrazões aos recursos interpostos pelas acima mencionadas empresas licitantes (fls. 840-842).

Os recursos foram analisados pela autoridade máxima do Poder Executivo Municipal, o senhor Prefeito **Marcelo da França Borges**, o qual decidiu pela “manutenção da inabilitação das empresas **Atitude Empreendimentos e Serviços EIRELI** e **E. D. Araújo Construtora**.”

Em 22 de abril de 2021, os autos foram remetidos à Controladoria Interna da Secretaria de Administração. O Controlador Interno Municipal, o senhor **Sérgio Tavares**, por meio do Parecer nº 055/2021, sustentou que o ora estudado procedimento licitatório “não se encontra revestido das formalidades legais. [...] Que seja remetido a uma análise jurídica mais acurada, se necessário.” (Fls. 1.002).

É o relatório.

**b). Da exigência, como requisito de habilitação, da similitude entre o ramo de atuação constante do alvará e o objeto da licitação:**

Para analisar o caso em apreço, pontua-se, esta Procuradoria Jurídica fará uso da Lei nº 8.666/1993, do Decreto Federal nº 10.024/2019, da doutrina, bem como do entendimento do Tribunal de Contas da União - (TCU).

Inicialmente, mister se faz salientar que, no âmbito da Administração Pública, vigora o princípio da vinculação ao instrumento convocatório,

segundo o qual o edital é lei interna do processo licitatório, não podendo ser descumprido pela Administração Pública e devendo ser observado por todos os licitantes, com vistas que concorram em igualdade de condições.

No sentido exposto, *vide*: Agravo de instrumento nº 70072144934, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 08/06/2017.

Ademais, o aludido princípio encontra previsão no artigo 3º, *caput*, da Lei das Licitações Públicas, sendo ratificado pelo artigo 41, *caput*, da mesma anterior citada Lei. Vejamos:

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. (Grifos não constantes do original).

Artigo 41, *caput*:

**Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.** (Grifo não constante do original).

À luz dos retrotranscritos dispositivos, reitera-se que o edital vincula tanto Administração quanto os proponentes.

Isto posto, há de se pontuar que, em que pese o edital ser lei entre a Administração e os proponentes, como dito acima, o primeiro mencionado (o edital) não pode conter exigências, cláusulas ou condições inalcançáveis pelos possíveis interessados no certame, sob pena de se afrontar os princípios da competitividade e vantajosidade.

Nessa linha de raciocínio, aliás, veja-se artigo 3º, *caput* e § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 3. **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. (Grifo não constante do original).

**§ 1º É vedado aos agentes públicos:**

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Grifou-se).

Nessa lógica, a decisão da pregoeira de inabilitar uma das participantes do procedimento licitatório pelo fato de **o ramo de atividade no alvará de funcionamento não encontrar-se de acordo com o objeto do certame**, avilta, incontestavelmente, os princípios da competitividade e vantajosidade, afetando, por consequência, o interesse público.

Para mais, segundo Diógenes Gasparini<sup>1</sup>, o alvará é uma "fórmula segundo a qual a Administração Pública expede autorização e licença para a prática de ato ou o exercício de certa atividade material." Em outras palavras, o alvará refere-se a uma autorização, expedida pela autoridade competente, para o funcionamento da empresa/estabelecimento comercial.

Dessa forma, exigir, como requisito de habilitação, a similitude entre o ramo de atuação constante do alvará e o objeto da licitação, indubitavelmente, é de todo inválido.

Mais ainda: para se analisar qual, de fato, é a atividade econômica da pessoa jurídica participante do certame, a pregoeira tem/teria, à sua disposição, tanto o contrato social quanto a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) da empresa licitante.

De mais a mais, salienta-se que o TCU já se manifestou no sentido de que nem mesmo a **ausência de similitude** entre a atividade constante da CNAE e o objeto da licitação **não é motivo para impedir a pessoa jurídica de participar do procedimento licitatório.**

Nesse sentido, segue acórdão nº 1.203/2011 da lavra do TCU, vide:

[...] ocorreu, entretanto, que a empresa dantas foi impedida de participar **apenas porque seu cadastro na receita federal do brasil apontava atividade não exatamente igual à atividade licitada, embora haja grande proximidade entre ambas [...]** impedir que uma empresa participasse do certame com base nesse detalhe cadastral é levar a norma extravagante a limites muito além do necessário e diminuir a

<sup>1</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 87.

**competitividade do certame, o que configura irregularidade grave.** (destacou-se).

Assim sendo, nota-se que a exigência de similitude entre a atividade econômica constante do alvará de funcionamento e o objeto do certame, ratifica-se, afronta tanto o princípio da competitividade quanto o princípio da vantajosidade, vez que tal exigência impossibilita a Administração Pública selecionar a melhor e mais vantajosa proposta, afetando, por consequência, o interesse público, configurando-se ilicitude gravíssima.

**c). Da ausência de motivação ou de clara motivação e da anulação do procedimento licitatório:**

Isso posto, passemos a abordar o outro e último vício/ilegalidade constatado quando da realização da sessão pública do pregão eletrônico nº 010/2020, qual seja: **a ausência de motivação ou de clara motivação no ato de inabilitar licitante no certame em tela.**

Como visto acima, a pregoeira inabilitou a licitante **JB Cardoso Serviços e Transporte LTDA**, tendo como fundamento o fato de a última mencionada não ter apresentado "todas as documentações exigidas no edital." (Fls. 909).

No entanto, a supratranscrita fundamentação não é clara o suficiente para indicar qual documento, de fato, não fora apresentado pela participante do certame, prejudicando, assim sendo, a sua defesa.

Nesse contexto, urge mencionar que a Lei nº 9.784/199, reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, traz dispositivos que exigem a motivação dos atos administrativos.

Nesse sentido, confira-se a sobredita Lei, especificamente em seu artigo 2º, *caput*:

Art. 2º **A Administração Pública obedecerá**, dentre outros, aos **princípios da** legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (Destacou-se).

Em semelhante trilhar, veja-se, abaixo, artigo 50, *caput*, incisos I e II, bem como § 1º do mesmo supracitado Diploma Legal:

Art. 50. **Os atos administrativos deverão ser motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

[...]

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

[...]

**§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. (Grifou-se).**

Dessa forma, por uma simples interpretação literal dos transcritos dispositivos legais, resta evidenciado que a motivação é algo inerente ao ato administrativo, o que não ocorreu no caso em tela.

Assim, ante tais ilegais atos - **a)** exigir, como requisito de habilitação, a similitude entre o ramo de atuação constante do alvará e o objeto da licitação; e **b)** a ausência de motivação ou motivação clara) - esta Procuradoria Jurídica **OPINA** pela anulação do testilhado procedimento licitatório.

A propósito, o Decreto Federal nº 10.024/2019, acerca da anulação do procedimento licitatório, em seu artigo 50, *caput*, assim apregoa:

Art. 50. **A autoridade competente para homologar o procedimento licitatório de que trata este Decreto** poderá revogá-lo somente em razão do interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a revogação, e **deverá anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, por meio de ato escrito e fundamentado.** (Grifou-se).

De igual modo assenta, em seu artigo 49, *caput*, a Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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.** (Grifo não constante do original).

Dessa maneira, as aludidas Leis autorizam a autoridade competente tanto revogar - **(por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado)** - quanto anular - **(em decorrência de ilegalidade(s))**, como *in casu* - o procedimento licitatório.

À vista disso, por estarmos diante de atos violadores de princípios e normas jurídicos(as), como demonstrado acima, a anulação do ora estudado procedimento licitatório é a medida que se impõe, **OPINA-SE** esta Procuradoria Jurídica.

Aliás, nesse sentido já se manifestou o TCU, confira-se:

[...] **Em se tratando de irregularidade que importa afronta à lei ou a princípio do direito administrativo, não passível de convalidação, é dever da administração declarar a nulidade do ato viciado.** Não é outro o sentido do art. 49 da Lei 8.666/1993 e da Súmula 473 do STF." (Acórdão 3.496/2010, 1.ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues). (Destacou-se).

De mais a mais, à luz do princípio da proporcionalidade, a anulação do ora analisado procedimento licitatório será a solução menos lesiva ao conjunto de interesses em jogo, visto que se evitará, entre outras consequências, possíveis proposituras de ações judiciais em face do ora debatido certame, desaguando em sua suspensão e, por arrastamento, impossibilitará esta Administração Pública contratar as empresas fornecedoras dos almejados serviços, não atendendo, ainda e por isso, às necessidades das Secretarias Municipais.

Ao fim e ao cabo, cabe ressaltar que o Controlador Interno Municipal, o senhor **Sergio Tavares**, no sentido esposado neste parecer, sustenta que o ora estudado processo licitatório "não se encontra revestido das formalidades legais", como prava anexo parecer nº 55/2021 (fls. 1002).

Considerando todo o exposto, esta Procuradoria Jurídica **OPINA** pela anulação (total) do Pregão Eletrônico nº 010/2021.

### **III. CONCLUSÃO:**

**Ante o exposto**, esta Procuradoria Jurídica, levando em consideração os demonstrados atos ilegais, **OPINA** pela anulação do **Pregão Eletrônico nº 010/2021**, tendo em vista tratar-se de medida mais vantajosa ao interesse público, assim como pelos demais motivos constates do presente parecer jurídico.

É o parecer, s.m.j.,

Redenção-PA, 30 de abril de 2021.

**Rafael Melo de Sousa**

**Procurador Jurídico**

**C. S. T. nº 017279/2021**

**OAB/PA nº 22.596**