



PARECER JURÍDICO

ANÁLISE DE RECURSO
ADMINISTRATIVO INTERPOSTO POR
LMS CONSTRUTORA EIRELI ME.
EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº
065/2022. MUNICÍPIO DE SÃO BENTO
ABADE/MG. NÃO CREDENCIAMENTO
PELA DESCRIÇÃO NO CNAE.
IRREGULARIDADE. NECESSÁRIO
PROVIMENTO.

1. RELATÓRIO

O Município de São Bento Abade solicita parecer desta Assessoria Jurídica acerca do Recurso interposto contra decisão de não credenciamento proferida no bojo do Pregão Presencial nº 065/2022, o qual tinha como objeto a contratação futura e eventual de empresa especializada para operacionalização de conjunto de serviços terceirizados, visando manter as atividades da Administração Pública.

A recorrente LMS CONSTRUTORA EIRELI - ME sustenta, em síntese, a ofensa a lei geral de licitações ante a ausência de credenciamento pela descrição da atividade constante no CNAE, a qual, em tese, não se enquadraria no objeto da licitação. Ocorre que, conforme alega a recorrente, não se exige dos candidatos a licitação exatidão quanto a atividade desenvolvida e objeto da contratação, sendo a necessidade apresentada constante no rol do objeto social da pessoa jurídica, conforme contrato social anexo. Ademais, questiona-se a impossibilidade de impedimento na participação de certame pelo não credenciamento, por ausência de previsão legal, o que ofende a legalidade administrativa.

Dessa forma, o impedimento quanto ao credenciamento violaria os Princípios da Legalidade, da Isonomia, da Vantajosidade e da Vinculação ao

Instrumento Convocatório.

Verifica-se a ausência de preliminares aptas a obstarem o recebimento e a análise do recurso, razão pelo qual procede-se ao estudo de seu mérito.

Nesses termos, necessário analisar a legislação pertinente, bem como eventual jurisprudência tocante ao tema.

2. DO DEVER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Princípio da Autotutela Administrativa significa que a Administração Pública possui o poder-dever de rever seus próprios atos, seja para anulá-los por vício de legalidade, seja para revogá-los por questões de conveniência e de oportunidade, conforme previsão contida nas Súmulas 346 e 473 do STF, bem como no art. 53 da Lei nº 9.784/99, com aplicação subsidiária no âmbito estadual:

Súmula 346 STF - A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 STF - 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.

Lei Federal n.º 9.784/99

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

A autotutela, portanto, designa o poder-dever de corrigir ilegalidades e garantir o interesse público dos atos editados pela própria Administração, sendo limitada pela segurança jurídica e boa-fé dos particulares.

Nesse sentido, tem-se praticada a anulação de ato administrativo quando constatada sua ilegalidade, ou seja, quando editado em desconformidade com a ordem jurídica. Por outro lado, tem-se praticada a revogação de ato

administrativo por razões de conveniência e oportunidade, ocasião em que a própria Administração Pública reavalia o mérito do ato, que necessariamente deve ser discricionário.

Em sendo assim, a interposição de recurso administrativo trata-se da provocação para que o Poder Público exerça esse poder-dever de autotutela, revisando atos por si próprio editados e que possam estar contaminados com ilegalidades ou desnecessidades, o que será constatado após análise técnica e detalhada.

3. FUNDAMENTAÇÃO

3.1 DA IMPOSSIBILIDADE DE INABILITAÇÃO PELO MERO NÃO CREDENCIAMENTO

Inicialmente, cumpre destacar que o edital, enquanto instrumento convocatório, é a "lei interna da licitação", contendo regras que norteiam os procedimentos adotados e que devem ser observadas pela Administração e pelos licitantes, conforme orienta o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, norteado nos art. 3º, 41 e 55, IX da Lei 8.666/93. Tem-se, ainda, que os elementos obrigatórios devem constar no referido edital, estando eles previstos no art. 40 do diploma legal citado.

Quanto ao credenciamento, tem-se que, embora não previsto expressamente na Lei Geral de Licitações, é fase reconhecidamente válida pelo Tribunal de Contas da União, na qual a Administração atesta a legitimidade dos representantes presentes para atuar em nome da empresa candidata a licitante. Busca-se, desse modo, viabilizar aos licitantes que se manifestem formalmente durante o certame, especialmente no que tange à apresentação de lances verbais e à manifestação quanto à intenção de recorrer.

No pregão presencial, o credenciamento é ato facultativo, sendo que os licitantes que não quiserem oferecer lances, nem manifestar intenção de recurso, podem simplesmente não credenciar representante, tampouco

apresentar lances orais, mas continuam participando do certame com sua proposta escrita.

Conseqüentemente, a ausência no credenciamento dos atos constitutivos capazes de refletir os poderes societários e/ou de administração da pessoa física não pode importar na exclusão da pessoa jurídica da licitação.

Esse também é o entendimento do Eg. TCU:

O credenciamento não constitui condição para participar da licitação. Sua finalidade é tão somente a de identificar o representante legal para falar em nome da empresa participante durante a reunião de abertura dos envelopes.

(...) Mesmo no pregão presencial, em que a presença do representante credenciado é condição para que os lances da licitante sejam aceitos, se admite que a empresa, caso não tenha interesse em participar da fase de lances verbais, possa remeter os envelopes ao órgão ou entidade licitadora da melhor forma que encontrar. (Acórdão 1183/17-P)

Ainda que não tenha sido a fase questionada no caso em tela, faz-se necessário também conceituar a habilitação, como sendo a fase posterior ao credenciamento em que são verificadas pela Administração a aptidão para celebração do futuro contrato. Tais exigências devem ser proporcionais à complexidade do objeto a ser contratado e o licitante vencedor deve manter o cumprimento dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato, na forma do art. 55, XIII da Lei nº 8.666/93.

É importante destacar que todos os atos do administrador público devem estar pautados pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal).

O mestre Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 24ª Edição, 1999, p. 82, ao dissertar sobre o princípio constitucional da legalidade, lembra:

"Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim."

O princípio da legalidade administrativa determina, portanto, que os administrados somente poderão ser obrigados a fazer (ou proibidos de não fazer) ou deixar de fazer (ou proibidos de fazer) junto à Administração Pública, sem seu consentimento, caso lei adequada assim o determine.

Tem-se, portanto, uma ideia de taxatividade, na qual o agente público está adstrito a atuar conforme preconiza a lei, essa entendida em sentido amplo, abarcando todo o ordenamento jurídico de forma coesa, proporcional e visando a máxima do interesse público.

Quanto ao caso concreto, há de se reconhecer o provimento da impugnação apresentada, conforme será demonstrado a seguir.

Conforme exposto acima, o não credenciamento não enseja a inabilitação da empresa, uma vez que a pessoa jurídica restará habilitada quando da demonstração dos documentos solicitados em fase própria e independente, não sendo vinculada à concessão ou não de credenciamento.

Não havendo previsão legal quanto a inabilitação de empresa como decorrência automática do não credenciamento, deve a Administração Pública agir conforme o Princípio da Legalidade Administrativa, restringindo as consequências da negativa a perda de alguns direitos de defesa e de questionamento do processo licitatório após a adjudicação, bem como a participação na fase de lances **verbais**.

Considerando não ter sido essa a conduta adotada pelo Setor de Licitações de São Bento Abade quando da realização do Pregão Presencial nº 065/2022, verifica-se a necessária procedência do recurso interposto, a fim de anular o certame, com posterior abertura de novo processo licitatório.



3.2 DA DESNECESSIDADE DE EQUIVALÊNCIA ENTRE O OBJETO DA LICITAÇÃO E A DESCRIÇÃO NO CNAE. NECESSIDADE PREVISTA EXPRESSAMENTE NO OBJETO SOCIAL DA PESSOA JURÍDICA

O Setor de Licitações de São Bento Abade sustentou a impossibilidade de participação da recorrente ante ao não atendimento ao objeto descrito no instrumento convocatório, especialmente no que toca à terceirização.

De fato, é de se verificar que o documento analisado pela Administração Pública, qual seja, CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas, não apresenta exatidão quanto ao objeto da licitação apresentado. Entretanto, tem-se que o CNAE consiste em um instrumento utilizado pela Receita Federal para padronizar os códigos de atividades econômicas a nível nacional, otimizando a análise tributária.

Tal descrição não restringe o nicho da empresa, não englobando todas as atividades a serem desempenhadas pela pessoa jurídica. O meio adequado para que se verifique as atividades permitidas é a descrição do objeto da pessoa jurídica em seu Contrato Social, o qual deve ser devidamente registrado na Junta Comercial local.

A Lei Geral de Licitações, tanto na vigência da Lei 8.666/93 quanto na atual vigência da Lei 14.133/21 não prevê como requisito à habilitação de empresas licitantes a especificação da atividade objeto da licitação com inequívoca exatidão. Ora, as atividades desempenhadas pelas empresas devem ter, ao menos relação com o objeto da licitação, evidenciando a destinação dos serviços em consonância com o objeto licitado, bem como a sua capacidade técnica, que inclusive consiste em requisito expressamente legal para concessão da habilitação.

Deve-se, portanto, admitir a habilitação de empresas, ressalvada a verificação de todos os requisitos necessários, quando verificada a pertinência da atividade desempenhada e o objeto licitatório, sendo a prestação do serviço compatível com a necessidade da Administração, constante no Edital, sob pena de clara ofensa ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da competitividade, caros aos objetivos da licitação.

Assim entende o Eg. TCE-MG:

É obrigatória a compatibilidade entre a atividade empresarial do licitante e a pretensão contratual administrativa, com fundamento na proporcionalidade e na busca da proposta mais vantajosa, **mas não é válida a exigência de exatidão na correspondência entre o objeto da licitação e o objeto social da empresa licitante, com fulcro na competitividade.** (TCE-MG - Denúncia nº 1047986/2021 – Primeira Câmara) – Nosso grifo.

Entende-se que não há na Lei n. 8.666/1993 nem no ordenamento jurídico pátrio a exigência de que a descrição da atividade contida no ato constitutivo da empresa seja idêntica à descrita no edital de licitação e que, em prol do princípio da ampla concorrência, basta que haja uma compatibilidade, ainda que genérica, do ramo de atividade desenvolvido pela empresa com o objeto licitado, para seja atendida a exigência de habilitação jurídica prevista na Lei n. 8.666/1993. (TCE-MG - Denúncia nº 1007909/2019. 1ª Câmara) – Nosso grifo.

Como bem pontuado pela recorrente, a constatação, ainda que genérica, da compatibilidade entre a atividade desempenhada pela pessoa jurídica o objeto da licitação é elemento apto a atender um dos requisitos da habilitação, fazendo jus a garantia de participação no processo licitatório, ressalvada inexistência dos demais requisitos legais.

No caso concreto, o objeto da licitação consistia na “contratação de empresa especializada para operacionalização de conjunto de serviços terceirizados”.

Muito embora a recorrente tenha apresentado transcrição de atividades desempenhadas pela empresa constantes em suposto contrato social, é de se destacar que tal documento não foi acostado ao recurso, impossibilitando a sua verificação e análise, especialmente quanto a regularidade de seu registro perante a Junta Comercial.

Outrossim, tem-se que dentre as atividades listadas, não se evidencia a possibilidade de locação de mão de obra e serviços de gerenciamento para terceiros, o que a enquadraria como apta a prestar o serviço de operacionalização de terceirizados objeto da licitação em comento.

Desse modo, ainda que reconhecida a desnecessidade de exatidão entre o objeto da pessoa jurídica e objeto da licitação, é preciso que se demonstre compatibilidade, ainda que genérica, o que não foi possível mediante as informações apresentadas.

4. CONCLUSÃO

Feitas essas considerações, essa Assessoria conclui pelo necessário provimento ao Recurso Administrativo interposto por LMS CONSTRUTORA EIRELI - ME no bojo do Edital de Pregão Presencial nº 065/2022, devendo ser anulado o processo licitatório pelos fundamentos acima expostos, recomendando abertura de novo processo.

É o parecer, s.m.j.

WELLITON
APARECIDO

Assinado de forma digital
por WELLITON
APARECIDO

NAZARIO:094763
81647

NAZARIO:09476381647
Dados: 2023.01.23
13:47:01 -03'00'

Welliton Aparecido Nazário

OAB/MG 205.575