

À
PREFEITURA MUNICIPAL DE PINDARÉ MIRIM - MA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL
Ref.: TOMADA DE PREÇOS N.º 04/2021
PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 40/2021/CPL

ILMO SR. Pregoeiro da Comissão Permanente de Licitação – CPL da Prefeitura de Pindaré Mirim - MA

O **INSTITUTO VIVER**, associação civil de direito privado sem fins lucrativos, inscrito no CNPJ nº 21.851.634/0001-28, sediada em Av. do vale, Nº 09, quadra 23, Jardim Renascença II, Ed. Carrara, sala 409, CEP: 65.075-820, São Luís - Maranhão, endereço eletrônico contato@iviver.org.br, neste ato representada por sua representante legal infra-assinado a Sr.ª Fernanda Machado dos Santos, advogada, inscrita na OAB/MA 14.162, inscrita sob o CPF nº 031247423-70, vem tempestivamente, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO A TOMADA DE PREÇOS N.º 04/2021

em face do ato proferido pelo Ilustríssimo Senhor Pregoeiro, que desabilitou a recorrente e que habilitou a empresa **E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI**, inscrita no CNPJ Nº 32.314.875/0001-54, nos itens 3, 4 e 5 do certame em epígrafe, pelos fundamentos jurídicos a seguir dispostos.

DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, salienta-se que nos termos do item 11.1.1 do Edital Tomada de Preço nº 04/2021, cabe recurso administrativo no prazo de 2 (dois) dias úteis a contar da lavratura da ata, que ocorreu em na data de 12 de abril de 2021.

11.1 - Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Tomada de Preços, cabem:

11.1.1 - recurso, no prazo de 02 (dois) dias úteis a contar da intimação do ato ou lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso, tendo em vista o prazo se extinguir na data de 14 de abril do ano corrente.

SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade TOMADA DE PREÇOS N.º 04/2021 promovida pela Prefeitura Municipal de Pindaré Mirim - MA, cujo objeto é contratação de empresa para a realização de exames de imagens, **consultas especializadas e serviços médicos** para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Pindaré Mirim - MA.

Conforme consignado na Ata de Reunião da Comissão de Licitação, a empresa recorrente manifestou intenção de recurso em face da ilegalidade na decisão que desabilitou a recorrente dos itens 3, 4 e 5 e que Habilitou a empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI, inscrita no CNPJ N.º 32.314.875/0001-54, nos itens 3, 4 e 5 do certame em epígrafe, o que deve ser revisto pelos motivos que passa a expor.

DA NECESSÁRIA INABILITAÇÃO DA EMPRESA E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI NOS ITENS 3, 4 E 5

Pelo princípio do vínculo ao instrumento convocatório, todos os licitantes devem cumprir rigorosamente as regras previstas no edital, de forma que não há discricionariedade do Pregoeiro em admitir a sua não observância.

No presente caso, a empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI não atendeu às regras entabuladas no instrumento convocatório nos itens 3, 4 e 5, ao apresentar em sua documentação CNAE (objeto do contrato social da empresa) incompatível com o objeto da licitação, assim como o Atestado de Capacidade Técnica diferente do objeto licitado nos itens supracitados.

Os itens 3, 4 e 5 do edital Tomada de Preço n.º 04/2021 são voltados para atendimento médico especializado, abrangendo atendimento de consultas especializadas e intra hospitalar, conforme consta em Termo de Referência - Anexo I do edital.

Já os documentos apresentados pela empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI são totalmente direcionados a realização de exames médicos, ou seja, compatível com os itens 1 e 2 do certame, porém em nada se relacionando com a gestão de consultas e atendimentos médicos especializados, objeto dos itens 3, 4 e 5.

O edital previu claramente que:

2 - CONDIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO

2.1 - Poderão participar desta licitação as empresas cadastradas junto a Comissão Permanente de Licitação - CPL ou a qualquer órgão federal, estadual ou municipal, bem como aquelas que manifestarem interesse em participar do Certame, **desde que**

prestadora de serviço do ramo pertinente ao objeto desta Tomada de Preços.

4.3.4- QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

a) Apresentar no mínimo 1 (um) **Atestado de capacidade técnica**, expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem ter o licitante prestou ou está prestando **serviços pertinentes e compatíveis com o objeto desta licitação.**

9 - DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

9.1 A contratada deverá comprovar de aptidão para desempenho de atividades **pertinentes e compatíveis em características com o objeto da licitação** através da apresentação de, no mínimo, 01 (um) atestado de desempenho anterior, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, **comprobatório da capacidade técnica para atendimento ao objeto.** (Termo de Referência - Anexo I)

O edital previu claramente a necessidade de compatibilidade do objeto da licitação com o contrato social, ou seja, tanto no CNAE quanto no ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA devem ser compatíveis com o objeto licitado.

Ora, o Atestado de Capacidade Técnica apresentado pela empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI é compatível com os lotes 1 e 2 da licitação em tela, sendo voltados especificamente para realização de exames médicos, e antagônico aos lotes 3, 4 e 5, os quais são voltados para para atendimentos médicos especializados.

É inadmissível que uma empresa sem nenhuma expertise em gestão e terceirização de mão de obra médica seja habilitada para atuar em itens a qual não possui nenhum domínio, podendo gerar riscos à vida e a execução do objeto licitado.

A este respeito a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica ao determinar a imposição de parâmetros e de compatibilidade dos atestados de capacidade técnica com o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes, conforme o Acórdão 361/2017-TCU-Plenário e Acórdão 642/2014-TCU-Plenário, vejamos:

Publicação: Informativo de Licitações e Contratos 318/2017

Acórdão: Acórdão 361/2017-TCU-Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo

Colegiado: Plenário

Enunciado: **É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de**

capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

Publicação: Informativo de Licitações e Contratos 189/2014

Acórdão: Acórdão 642/2014-TCU-Plenário, TC , relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 19.3.2014

Colegiado: Plenário

Enunciado: Para fins de habilitação jurídica, faz-se necessária a **compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes.** Para habilitação técnica, os atestados apresentados devem não apenas demonstrar uma situação de fato, mas, necessariamente, uma situação fática que tenha ocorrido em conformidade com a lei e com o contrato social.

Portanto, os argumentos expostos encontram base tanto na doutrina, jurisprudência e nas normas que regem o tema. Os apontamentos configuram inequívoco descumprimento aos termos do edital por parte da empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI, o que inviabiliza sua participação nos itens 3, 4 e 5 da Tomada de Preço nº 04/2021.

Conforme demonstrado, a análise do Atestado de Capacidade Técnica não é feita a juízo de valor da Nobre Comissão Permanente de Licitação, necessitando de **parâmetros objetivos para análise da comprovação**. Sendo o objeto voltado para área da saúde, que trata diretamente com vidas, colocar uma empresa inexperiente para operar o gerenciamento de plantões e consultas médicas beira a imperícia, podendo gerar graves danos à Administração Pública.

DA NECESSÁRIA HABILITAÇÃO DO INSTITUTO VIVER

O INSTITUTO VIVER, atendeu a todos os requisitos de habilitação dispostos no instrumento convocatório em epígrafe. Entretanto, por decisão da Nobre Comissão de Licitação, foi considerado desabilitado por desatender ao item 4.3.2 do edital questão. Vejamos as alegações:

“Analisando a documentação do Instituto Viver, a Comissão Permanente de Licitação percebeu que a mesma não apresentou o CRC do Município de Pindaré Mirim - MA, descumprindo o item

4.3.2 -Regularidade Fiscal, alínea “b” Prova de inscrição no Cadastro de Fornecedores do Município, o Certificado de Registro Cadastral - CRC, é obrigatório. “

Entretanto, a nobre Comissão despercebeu que **o próprio edital desobriga as empresas licitante a apresentar o CRC do Município**, vejamos o que diz o item 4.3.2 “b”, na íntegra:

4.3.2 - REGULARIDADE FISCAL

b) **Prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes ESTADUAL ou** Municipal, relativo ao domicílio ou sede da licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.

Portanto, tal decisão deve ser revista, pois de acordo com as diretrizes do instrumento convocatório **a obrigatoriedade de apresentar o CRC municipal NÃO existe** no edital, podendo o mesmo ser suprido com o cadastro de contribuintes ESTADUAL ou FEDERAL, os quais foram prontamente anexados aos documentos de habilitação.

Ademais, as orientações do instrumento convocatório são claras a respeito da substituição do CRC Municipal por outro **órgão da Administração Pública Federal OU de outros Estados**, Conforme disposições editalícias a seguir:

2 - CONDIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO

2.1 - Poderão participar desta licitação as empresas cadastradas junto a Comissão Permanente de Licitação - CPL **OU A QUALQUER ÓRGÃO FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL**, bem como aquelas que manifestarem interesse em participar do Certame, desde que prestadora de serviço do ramo pertinente ao objeto desta Tomada de Preços.

4.3.2 - REGULARIDADE FISCAL

b) **Prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes ESTADUAL ou** Municipal, relativo ao domicílio ou sede da licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.

4.4 - **A apresentação do Certificado de Registro Cadastral - CRC**, expedido pela Comissão Permanente de Licitação – CPL da Prefeitura Municipal de Pindaré Mirim - MA, **OU** órgão da

Administração Pública Federal OU de outros Estados OU de Municípios, substituirá os documentos enumerados nos itens 4.3.1 (“a”, “b”, “c”, “d” e “e”) e no item 4.3.2 (“a”), obrigando-se a empresa a declarar, sob as penalidades legais, a inexistência de fato superveniente e impeditivo da habilitação, conforme modelo do ANEXO IV.

Tendo em vista que a imposição para participação do certame Tomada de Preço nº 04/2021 seja as “empresas cadastradas junto a Comissão Permanente de Licitação - CPL **OU A QUALQUER ÓRGÃO FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL**”, não há o que se questionar a este quesito, pois o edital é cristalino em admitir a apresentação do CRC como uma faculdade e não como obrigatoriedade, podendo ser substituído por certidão Federal ou Estadual, o que foi atendido perfeitamente pelo Instituto Viver.

Contudo, se a clareza expressa nos itens do edital for insuficientes, a corte do Tribunal de Contas da União determina em sede de Acórdão 2857/2013-TCU-Plenário ser **ilegal a exigência, como documento de habilitação, de certificado de registro cadastral (CRC), categorizando que a apresentação do CRC não pode se converter em obrigação, de forma a restringir a competitividade dos certames** ao conjunto de empresas cadastradas. Vejamos:

Publicação: Informativo de Licitações e Contratos 174/2013
Acórdão: Acórdão 2857/2013-TCU-Plenário, TC , relator
Ministro Benjamin Zymler, 23.10.2013
Colegiado: Plenário
Enunciado: **É ilegal a exigência, como documento de habilitação, de certificado de registro cadastral (CRC). A faculdade legal de apresentação do CRC não pode se converter em obrigação, de forma a restringir a competitividade dos certames ao conjunto de empresas cadastradas.**

Portanto, fica comprovado que tal alegação da nobre comissão não deve prosperar, devendo ser prontamente retratada sob pena de restringir a competitividade do certame, sendo o Instituto Viver imediatamente Habilitado no certame Tomada de Preço nº 04/2021, por ser medida de justiça.

Por fim, a Nobre Comissão de Licitação alegou:

“Verificou-se também que a empresa Instituto Viver não apresentou as **Notas Explicativas** do Balanço Patrimonial, descumprindo o item 4.3.3 - Qualificação Financeira, alínea “a”

primeira parte (Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, acompanhado de notas explicativas), por esses motivos a Comissão Permanente de Licitação decide por inabilitar a empresa Instituto Viver para os demais atos procedimentais.”

Entretanto, cabe trazer à baila o artigo 31 da Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993, o qual Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e limitando a obrigatoriedade dos documentos apresentados para habilitação nos certames licitatórios:

Art. 31. A documentação relativa à **qualificação econômico-financeira LIMITAR-SE-Á A:**

- I - **balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social**, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

Logo, segundo os ditames da Lei que regem os procedimentos licitatórios, a exigência de qualificação econômico-financeira LIMITAR-SE-Á ao BALANÇO PATRIMONIAL E AS DEMONSTRAÇÕES contábeis, qualquer outra exigência que ultrapasse os requisitos constante em Lei fere o Princípio da Legalidade e imputa restrição à competitividade do certame, devendo ter coibida pela Comissão Permanente de Licitação.

Ademais, restando dúvidas sob qualquer documentação, cabe ao Ilustríssimo Pregoeiro diligenciar com o intuito de sanar possíveis inseguranças, e não simplesmente promover a desabilitação de uma empresa séria, que presta contratos com a administração pública e a qual possui total compatibilidade para executar o objeto pertencente aos itens 3, 4 e 5 da licitação em tela.

Portanto, em atenção aos princípios da legalidade; isonomia e ao vinculação ao instrumento convocatório, cujas observâncias são obrigatórias neste procedimento, os documentos apresentados pelo Instituto Viver são capazes de sanar as exigências contidas no edital do certame em epígrafe e na legislação, devendo culminar em sua imediata Habilitação nos itens 3, 4 e 5 do certame em tela.

DO DIREITO

DOS OBJETIVOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A Licitação pública tem como finalidade atender um **INTERESSE PÚBLICO**, de forma que seus critérios devem ser observados por todos os participantes em estado de **IGUALDADE**, para que seja possível a obtenção da **PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**.

Portanto, ao deixar de aplicar os dispositivos editalícios em isonomia entre os competidores há grave afronta a tais princípios, além de ferir o próprio **PRINCÍPIO DA FINALIDADE**.

DO VÍNCULO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O princípio do vínculo ao instrumento convocatório materializa o princípio da legalidade no processo licitatório e vem expressamente positivado na Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

A observância ao edital efetiva o princípio inscrito dentre os demais princípios que regem a Administração Pública, disposto no caput do artigo 37 da Carta Magna:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, **impeccabilidade**, **moralidade**, **publicidade** e **eficiência** (...).*

O princípio da legalidade é a base de todos os demais princípios, uma vez que instrui, limita e vincula as atividades administrativas, conforme refere Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. 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 'poder fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'. "(in Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 27ª ed., p. 86),

No mesmo sentido, leciona Diógenes Gasparini:

"O Princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situação excepcional (grande perturbação da ordem, guerra)" (in GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, SP, 1989, p.06)

Portanto, uma vez demonstrado o descumprimento ao devido processo legal, ao princípio do vínculo ao instrumento convocatório e ao princípio da legalidade, tem-se por inequívoca a nulidade do ato administrativo que desabilitou a recorrente dos itens 3, 4 e 5 e da decisão que habilitou a empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI.

DA QUEBRA DA ISONOMIA

Ao admitir a habilitação de licitante com documentação inadequada e sem experiência no segmento em questão, sem qualquer motivação ou razoabilidade, fere o **princípio da isonomia**, pois confere tratamento diferenciado, em prejuízo aos demais licitantes sem qualquer amparo legal.

Sabidamente, trata-se de preceito basilar e indispensável de todo e qualquer ato público, conforme leciona Adilson Abreu Dallari:

*"O princípio da isonomia é uma decorrência imediata do princípio republicano, motivo pelo qual o insuperável Geraldo Ataliba, às páginas 133 e ss. De seu República e Constituição (...), afirmou que ele se irradia sobre todos os dispositivos constitucionais, afetando tanto a elaboração das leis quanto todos os atos administrativos: "...Os poderes que de todos recebem devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. **De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade. A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais** e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar. **A isonomia há de se***

expressar, portanto, em todas as manifestações do Estado..." (in Concurso Público e Constituição. Coordenador Fabrício Motta. Ed. Fórum, 2005. Pg.92)

Portanto, qualquer ato que venha a comprometer a igualdade entre os administrados deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário - como no presente caso.

Afinal, trata-se de ato que contraria o próprio princípio da finalidade, da eficiência e da razoabilidade, pois acaba por reduzir a maior amplitude de opções a atingir o objetivo público.

A esse propósito, insta trazer à baila a lição do saudoso professor e magistrado Hely Lopes Meirelles, que assim assevera:

(...) todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado. (in Direito Administrativo Brasileiro, 34ª Edição, 2008, Editora Malheiros, São Paulo, pg. 716)

Dito isso, outro deslinde não pode ter o presente caso a não ser a revisão do ato administrativo impugnado, para que seja **decretada a desclassificação da empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI** dos itens 3, 4 e 5 da Tomada de Preço nº 04/2021, por não apresentar objeto do contrato social (CNAE) e Atestado de Capacidade Técnica compatíveis com o objeto dos itens supracitados, não atendendo aos requisitos impostos no instrumento convocatório. Razões pelas quais devem conduzir à revisão do ato administrativo com a sua imediata revisão.

DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE HABILITAÇÃO DA EMPRESA E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI

O art. 50, da Lei 9784/99 que dispõe sobre os processos administrativos, prevê claramente:

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;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Ocorre que, diferentemente do previsto, a decisão impugnada foi tomada sem qualquer motivação ou justificativa, **não sendo motivada** legalmente os fundamentos da sua decisão.

O princípio da motivação do ato administrativo exige do Administrador Público especial cautela na instrução do processo, sob pena de nulidade, conforme assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos". (in Direito Administrativo, 24º ed., Editora Atlas, p. 82).

Diferentemente disso, o ato administrativo de habilitação da empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI no certame Tomada de Preço nº 04/2021, não encontra-se devidamente motivado, tendo em vista que a empresa não apresenta qualificação para habilitação nos itens 3, 4 e 5, em clara inobservância à Lei. Trata-se de irregularidade do ato administrativo que deve ser imediatamente revisto sob pena de nulidade, conforme precedentes sobre o tema:

ACÓRDÃO EMENTA : APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROCON - ÓRGÃO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA - DEFESA INTEIRAMENTE REALIZADA PELO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - MULTA PROCON - PROCESSO ADMINISTRATIVO - MOTIVAÇÃO INADEQUADA -

VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - APELO CONHECIDO E DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1. (...).

3. O ato administrativo não encontra-se devidamente motivado, nos termos do art. 50, da Lei 9784/99 e do art. 19, do Decreto Municipal 11.738/03. No corpo da decisão administrativa, o PROCON/Vitória indica como fundamento normativo de sua pretensão punitiva unicamente os arts. 14 e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, limitando-se a citá-los. 4. Em nenhum momento o Procon considerou o conjunto fático-probatório, não apresentando em sua decisão referências a qualquer fatura da consumidora que comprovasse as cobranças indevidas. Ademais, não oportunizou à empresa apelada a produção de provas que a possibilitassem comprovar a licitude nas cobranças impugnadas. **Tal fato, em conjunto à fundamentação deficiente, proporciona a nulidade não somente do processo administrativo, mas da penalidade que dele decorre.** Precedentes 5. Recurso de apelação conhecido e improvido. (TJ-ES - APL: 00282591720128080024, Relator: ELISABETH LORDES, Data de Julgamento: 06/02/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/02/2018)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. NULIDADE. CONFIGURADA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CRÉDITOS. CELULAR. PLANO PRÉ-PAGO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA USO. LICITUDE. RECURSO IMPROVIDO. 1) **o aplicador do direito necessita bem fundamentar sua decisão subsumindo o fato à norma, de maneira que o destinatário do ato administrativo consiga compreender o ato ilícito pelo qual está sendo punido e haja efetiva consolidação dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa.** 2) (...) (TJES, Classe: Apelação, 24120281357, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA - Relator Substituto : VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 11/04/2017, Data da Publicação no Diário: 20/04/2017)

Razões pelas quais devem conduzir à revisão do ato administrativo do agente/ pregoeiro e equipe de apoio, com a sua imediata revisão.

Diante da anomalia dos fatos, o pregoeiro tem o poder dever de agir, o caso em tela urge pela busca da verdade real. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora.

O pregoeiro é um agente público segundo previsão do art. 2º da Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, delinea as características inerentes ao agente público. Da leitura de seu texto, extrai-se que o agente



público é, necessariamente, uma pessoa física que produz e reflete o interesse do Estado.

Veja-se:

Art. 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 2013, p. 1321).

Essa definição é caracterizada pela existência de uma única atuação jurídica, ou seja, os atos jurídicos estatais são formados por uma pessoa física que manifesta juridicamente a vontade do Estado, inclusive a pessoa física que atua de forma vinculada às entidades que integram a administração indireta, pois, mesmo não integrando as pessoas estatais, ela exerce função pública.

No âmbito do Direito Penal, o conceito de funcionário público é traçado no art. 327 e seus parágrafos, do Decreto-Lei n. 2.248, de 7 de dezembro de 1940:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Os poderes e deveres administrativos estão expressos no ordenamento jurídico brasileiro e têm como fundamento e constituição o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da moralidade administrativa. São outorgados aos agentes públicos conforme a pertinência e a necessidade para o desempenho das funções administrativas específicas do cargo.

Entre os poderes e deveres impostos ao agente público está o poder-dever de agir em prol da moralidade dos atos administrativos na busca da verdade real e da justiça. Trata-se de um poder-dever, uma vez que é uma prerrogativa do agente público e, simultaneamente, vincula sua atividade, como representante do Estado, a uma atuação destinada a cumprir os interesses da coletividade.

DOS PEDIDOS

ISTO POSTO, REQUER, o recebimento do presente recurso, em **seu efeito suspensivo**, nos termos do art 109, § 2º, da Lei 8.666/93.



Ao final, julgar totalmente **procedente o presente recurso**, para fins de rever a decisão que habilitou a **empresa E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI** nos itens 3, 4 e 5 da Tomada de Preço n° 04/2021, e **rever a decisão que inabilitou o INSTITUTO VIVER** nos itens 3, 4 e 5 do certame em tela, promovido pela Prefeitura Municipal de Pindaré Mirim/MA.

Para que seja declarando a imediata **desclassificação** da empresa **E G DE OLIVEIRA L MACHADO EIRELI** nos itens 3, 4 e 5 da Tomada de Preço n° 04/2021, e que seja decretada a **habilitada do INSTITUTO VIVER** nos itens 3, 4 e 5, **por ser medida de direito e justiça**.

Não alterando a decisão, **requer o imediato encaminhamento à Autoridade Superior nos termos do art. 109, §4° da Lei 8.666/93.**

Nestes termos, pede e espera deferimento.

São Luís - MA, 14 de abril de 2021.

Fernanda Machado dos Santos

Instituto Viver
Representante Legal
Fernanda Machado dos Santos
CPF n° 031247423-70