

Opinião Legal
Coordenadoria Jurídica – COJUR

Ref.: **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/2023 - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 008/2023**

1. A Coordenadoria Jurídica, na pessoa do Coordenador que desenha e assina esta opinião, foi encaminhado o processo administrativo nº 008/2023, no qual se fez o pregão eletrônico nº 001/2023, e a confecção da ata de registro de preços nº 001/2024, no qual tem assento a AGÊNCIA SERGIPE DE DESENVOLVIMENTO S.A. – DESENVOLVE-SE e a empresa IPQ TECNOLOGIA LTDA., com consulta sob **i)** a legitimidade/legalidade do procedimento impresso, e **ii)** opinião legal sob tal perspectiva.

2. Compulsando os atos administrativos que compuseram o procedimento, *primo icto oculi*, há atmosfera de legitimidade e legalidade.

3. Caminhando um pouco mais, embora, repita-se, bem desenhado e conduzido o processo administrativo nº 008/2023, avista-se a inobservância ao Decreto nº 25.300 de 27 de maio de 2008, que regulamenta a Lei nº 6.396, de 04 de abril de 2008, lei esta que transformou a Companhia de Processamento de Dados de Sergipe (PRODASE) em empresa pública na Empresa Sergipana de Tecnologia da Informação (EMGETIS).

3¹. Neste ponto a tensão parece saltar da mera falha formal antes anunciada para uma inobservância legal reveladora de ilegalidade não transponível, o que oferece potência nulificadora do processo administrativo nº 008/2023 e, por arrastamento, ao pregão e à ata de registro de preços dele decorrentes.

3². É que mencionado Decreto foi desenhado com a seguinte regra:

“[...]”

Art. 1º Ficam instituídos os procedimentos para aquisição e licenciamento de produtos e serviços de TI, no âmbito da Administração Pública Estadual – Poder Executivo do Estado de Sergipe.

Art. 2º A aquisição e o licenciamento, por qualquer meio, de produtos e serviços de TI, deverão ser submetidos, obrigatoriamente, à PRODASE, para fins de análise e emissão de Parecer Técnico.
[...]"

33. No corpo do mesmo Decreto é possível notar um espectro dilatado de incidência, havendo (apenas) as seguintes exclusões:

"[...]

§ 2º Não se considera, para os fins deste Decreto, os produtos:

I - mobiliário e instalações utilizadas para disposição dos computadores e demais equipamentos de informática;

II - material de consumo e suprimento básico para o funcionamento dos equipamentos de TI, tais como:

a) papel;

b) cartucho de tinta ou de tonner;

c) fita para impressora, meio magnético ou correlatos para gravação de arquivos.

[...]"

34. Cotejando o que diz o Decreto com tudo o que consta no anexo único da ata de registro de preços nº 01/2024, não há qualquer espaço para se enxergar, por mais elástica que puder ser a retina, que os serviços/produtos ali descritos se encaixariam na exceção anunciada no instrumento legal acima mencionado.

35. Vale frisar que o Decreto mencionado não é daqueles autônomos, os que são vetados na Constituição da República Federativa do Brasil. É, isso sim, Decreto com escora constitucional, porquanto não inova e nem revolve nada, mas apenas regulamenta o que uma Lei Estadual criou, construiu. A propósito:

"[...] o regulamento pode ser inovador; pode criar deveres e obrigações para os subordinados ao editor (funcionários, servidores, agentes públicos) ou para os órgãos sujeitos à sua tutela (autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e até concessionárias), **desde que esses deveres e obrigações sejam instrumentos do fiel cumprimento das leis.**

(...) o administrado investido num direito por uma lei, ao dirigir-se a uma repartição, somente poderá tratar, no horário fixado por

regulamento, com o órgão também nele previsto, na pessoa dos servidores escalados, usando os formulários regularmente prescritos. Na medida em que os agentes públicos – pela subordinação hierárquica – são constrangidos por essas regras o terceiro que com eles trate a elas se deve conformar.

[...]”¹

36. A obrigação estampada no Decreto não foi observada. E ela é essencial ao procedimento inclusive e especificamente por visivelmente não se tratar de uma regra de imposição graciosa, mas sim dotada de pertinência temática eloquente, ante a natureza jurídica e espectro de atuação da ENGETIS.

37. Assim, não é caso da aplicação da Súmula nº 473 do STF, que diz:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles 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.

38. A Lei Federal nº 9784 de 29 de janeiro de 1999, que trata do processo administrativo no âmbito da administração pública federal, anota de faculdade para dever o de anular atos eivados de nulidade, quando diz: “*Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, (omissis)*” E parece ter acertado a redação, pois faculdade é atrelada à conveniência e oportunidade, não à legalidade do ato, que tem com mantra constitucional o caput do art. 37, da CRFB/1988.

4. E essa anulação é decorrência da autotutela com cor e face de dever e não de faculdade. A propósito:

"[...] certo que o poder de autotutela conferido à Administração Pública implica não somente uma prerrogativa, como também uma obrigação de sanear os vícios e restabelecer o primado da legalidade em hipótese na qual se depara com equívocos cometidos nas incontáveis atividades que desempenha, conforme rezam os Enunciados 346 e 473 da Súmula do STF e o art. 53 da Lei n. 9.784/99.

¹ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 1998

[...]".²

"[...]

O Supremo Tribunal já assentou que diante de indícios de ilegalidade, a Administração deve exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em contrariedade ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, as súmulas 346 e 473 deste Supremo Tribunal: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" (Súmula 346). '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' (Súmula 473).

[...]".³

Servidor Público. Proventos de aposentadoria. Ato administrativo eivado de nulidade. Poder de autotutela da Administração Pública. Possibilidade. Precedente. Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula 473, 1ª parte - STF). RE 185.255, DJ 19/09/1997. RE conhecido e provido.⁴

41. Neste último aresto colacionado, Relatado pela primeira mulher que tomou assento como Ministra da Suprema Corte do Brasil, colhe-se o seguinte e pedagógico ensinamento:

"[...]

É notório que à Administração Pública é cabível tão-só a prática de atos devidamente autorizados por lei, ao contrário do que se sucede com o particular, em que lhe é facultado fazer tudo o que não for defeso por lei. Dessa forma, diante de uma ilegalidade praticada pela Administração, seja por equívoco ou não, a ela própria caberá a retificação ou anulação desse ato, de modo que não prevaleça situação não chancelada pela lei. Nestes termos, assenta-se a Súmula 473, 1ª parte, desta Corte (*'A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ...'*).

[...]".⁵

² STJ, MS 16.141/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 2/6/2011; Precedentes: RMS 50.197/SE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe12/5/2017; RMS 49.320/SE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8/5/2017; RMS 49.379/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016

³ STF, AO 1.483, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 20-5-2014, DJE 106 de 3-6-2014, sublinhamos

⁴ STF, RE 247399, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 23-04-2002, DJ 24-05-2002 PP-00069 EMENT VOL-02070-04 PP-00692

⁵ Idem.

5. Não bastasse isso, que às nessas lentes, sozinho indica inobservância de obrigação legal mandatária, há outro norte que tem a mesma conotação, pois é possível entender-se, de tudo o que se exigiu nos instrumentos sob, que parece ter havido exigência excessiva aos licitantes, o que exala potência para tensionar os princípios previstos no caput do artigo 3º, da Lei n 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

5¹. Na mesma senda, há espaço para ler, também do conjunto de todos os instrumentos do edital, um superdimensionamento quantitativo de produtos e serviços em fase de licitação, ainda que sob ideia de evitar eventuais distorções, a mostrar supostas ranhuras com princípios vetores da Administração Pública, como o da legalidade e também da eficiência, sendo este mais um elemento direcionador da anulação por parte da Administração Pública.

5². Neste sentido já se pronunciou o Tribunal de Contas da União, em voto sob condução do e. Relator Augutso Nardes, em procedimento simétrico:

FISCALIS EXECUÇÃO 2008. AEROPORTO DE FLORIANÓPOLIS. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA NAS OBRAS DE TERRAPLENAGEM, DAS PISTAS DE TAXIWAY E DO PÁTIO DE AERONAVES DO NOVO TERMINAL DE PASSAGEIROS DO AEROPORTO. INSUFICIÊNCIA DO PROJETO BÁSICO. SOBREPREÇO. SUSPENSÃO CAUTELAR DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. REVOGAÇÃO DO CERTAME. PERDA DE OBJETO. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.⁶

⁶ TCU, TC-007.178/2008-6 [Apenso: TC-022.225/2008-2]; v.AC. 331/2009; Natureza: Relatório de Levantamento de Auditoria; Entidade: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária; Interessado: Congresso Nacional, Rel. Conselheiro Augusto Nardes, julgado em 04.3.2009, publ. em 09.3.2009.

6. Portanto, há máculas no procedimento de licitação ora sob sabatina, seguindo neste sentido a opinião legal que ora se propõe, vazada em tom opinativo e *sub censura*.⁷

7. Assim, este Coordenador Jurídico, que desenha e assina esta **opinião legal**, **(i)** por todos os fundamentos acima delineados e nos termos apostos, **(ii)** opina e sugere que sejam tomadas medidas necessárias para a decretação da nulidade do processo administrativo nº 008/2023, do pregão eletrônico nº 001/2023 e também da ata de registro de preços nº 001/2024.

Encaminhe-se ao(à) *e.* Diretor Presidente, MILTON ARTHUR VASCONCELOS DE ANDRADE CRUZ para análise e providências, com quem se encontra a melhor palavra.

RODRIGO CASTELLI⁸

Coordenador Jurídico da Agência Sergipe de Desenvolvimento SA
OAB/**SP**152.431; OAB/**SE**661-A

⁷ STF, ARE 1235427 ED-AgR-segundo, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 09-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-10-2023 PUBLIC 16-10-2023.

⁸ PORTARIA nº 01/2023, datada 21 de setembro de 2023 – Designar o Sr. RODRIGO CASTELLI, CPF nº 174.098.449-09, para exercer o Emprego Público em Comissão de Coordenador Jurídico – COJUR.