

EXCELENTÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE TREMEMBÉ

REFERÊNCIA: PREGÃO PRESENCIAL N° 033/2018
PROCESSO INTERNO N° 1641/2018



AZZUS CONSULTORIA EM GESTAO EMPRESARIAL EIRELI - ME, pessoa jurídica de Direito Privado devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 24.982.435/0001-47, sediada na Rua João Santino, 63 – Vila Esperança – Santo Antônio de Posse – SP CEP 13.830-000, por intermédio de seu representante legal, subscrito ao final, vem, com o devido respeito, a presença de Vossa Excelência, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, com supedâneo no art. 4 da Lei 10.520, de 10 de julho de 2002 c/c o art. 109, inc. I, letra 'a', da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em face de SECURITY CONTROL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA ME, pelos motivos fáticos e jurídicos expostos a seguir.

DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

Excelência, a **PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE TREMEMBÉ** está promovendo licitação na modalidade pregão, em sua forma presencial, cujo desiderato é a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA INSTALAÇÃO DE ALARMES EM COMODATO, MANUTENÇÃO E MONITORAMENTO PARA AS UNIDADES ESCOLARES E PRÉDIOS ADMINISTRATIVOS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, PELO PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES.**

Quatro pessoas jurídicas de Direito Privado demonstraram interesse no objeto licitado apresentando propostas de preços para o certame, dentre elas a sociedade empresária SECURITY CONTROL SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA ME, doravante simplesmente RECORRIDA, que, ao final da etapa de lances, logrou arrematar o objeto em disputa.

Não obstante, a RECORRIDA não poderia ter sido declarada vencedora do certame, eis que cometera irregularidades incompatíveis com o procedimento licitatório que, conseqüentemente, deveriam ter conduzido à sua inabilitação.

Eis a síntese do necessário.

Excelência, a insigne Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que “tem sido comum, no curso dos procedimentos licitatórios, a invocação, pelos licitantes, do princípio da razoabilidade como instrumento para quebrar o formalismo inerente ao procedimento da licitação. Invoca-se também o princípio segundo o qual “não há nulidade sem prejuízo” (pas de nullité sans grief).

Não se pode deixar de observar, contudo, que esses princípios, se podem ajudar na interpretação da lei aos casos concretos, não podem colocar-se acima dos princípios inerentes à licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666, dentre os quais o da legalidade (imposto também pelo art. 37 da Constituição), o da isonomia entre os licitantes, o da vinculação ao instrumento convocatório.”

Nesta esteira, expõe a base de sua afirmativa: “sabe-se, também, que a licitação é um procedimento que envolve competição; onde esta não existe, não há viabilidade de licitação. E exatamente por se tratar de procedimento competitivo, a lei impõe, logo no art. 3º, determinados princípios, que visam atender a duplo objetivo: de um lado, o interesse da Administração em selecionar a melhor proposta; de outro, o interesse dos licitantes em ver assegurada a isonomia de tratamento”.

“Mas” — explica — “existem alguns princípios que não estão mencionados nesse dispositivo e que, contudo, devem ser necessariamente observados. Um deles é o do formalismo; outro é o da razoabilidade. O assunto é importante porque, com frequência, invoca-se o princípio da razoabilidade para justificar a inobservância de formas ou formalidades previstas na lei e no edital”.

“Ocorre que o formalismo está presente na licitação exatamente por se tratar de procedimento competitivo. A inobservância de exigências formais, por um licitante, necessariamente leva à sua inabilitação ou desclassificação, conforme o caso”.

Nesta esteira, o mestre Carlos Ari Sunfeld afirma que:

“De outra parte, ao instituir a licitação como veículo adequado à seleção das empresas a serem contratadas pelo Estado, o legislador faz uma opção consciente pelo formalismo. Ai está a fundamental distinção entre um sistema de liberdade de escolha dos contratados e aquele onde a licitação se impõe (...) Como desde muito cedo perceberam os processualistas (os esportistas também), a igualdade de tratamento em uma disputa depende da rigidez do procedimento. Só ela pode garantir a competição real. Reconhecendo-o Hely Lopes Meirelles, ao arrolar os princípios da licitação, deu absoluto destaque ao do procedimento formal, ‘que domina toda a licitação, jungindo os que a realizam e os que licitam aos mesmos preceitos procedimentais’. Aliás, o formalismo é responsável por uma das capitais diferenças entre os procedimentos de competição (de que os licitatórios são exemplo, ao lado dos concursos públicos para seleção de servidores, dos vestibulares para a escolha dos alunos das universidades públicas) e outras espécies de procedimentos administrativos para os quais vigoram justamente o princípio inverso: do informalismo”. (G.N.)

O mesmo autor cita na nota de rodapé nº 9 (p. 23) outro trabalho seu sobre “Procedimentos Administrativos de Competição”, publicado na RDP 83/118, no qual afirma que “o (princípio) do informalismo poderá, em benefício do administrado, aplicar-se p. ex. no procedimento sancionatório, para admitir uma prova não produzida no devido tempo. Mas não se aplica aos

procedimentos de competição, em que a rígida seriação dos atos e termos processuais é condição essencial para a existência de uma disputa equânime”. (G.N.)

E Sundfeld faz explanação ainda mais concisa acerca do assunto as fls. 111 de citada obra, qual seja:

“Se um licitante esqueceu-se de anexar documento vital, embora dele já dispusesse na época própria, estará eliminado. Isso, que pode parecer rigor excessivo por reduzir o universo de competidores — e, em consequência, a competitividade — tem fundamento relevante: trata-se de garantir o tratamento isonômico. Todos os interessados devem merecer igual tratamento. Por isso, têm o mesmo prazo para preparar e entregar seus dossiês de habilitação. Permitir a um deles complementação posterior seria privilegiá-lo no confronto com os outros, pondo a perder o caráter igualitário do certame”. (G.N.)

Nem se diga que a apresentação de proposta com menor valor torna suscetível de perdão as falhas cometidas pela proponente. Tanto isso é verdade que a Lei 8.666/1993, no art. 43, inc. II, obriga a Comissão de Licitação a devolver o envelope com a proposta para o licitante inabilitado; a Comissão nem mesmo pode abrir esse envelope antes de concluir a fase de habilitação; o objetivo evidente é evitar que o conteúdo de uma proposta supostamente mais atraente para a Administração leve a Comissão a passar por cima de exigências formais a serem atendidas nas fases precedentes, pois o objetivo de obter a proposta mais vantajosa não se sobrepõe, mas, antes, se amolda aos demais objetivos e princípios inerentes à licitação, dentre os quais o da vinculação ao instrumento convocatório. Mesmo porque, conforme arrazoa o eminente doutrinador Marçal Justen Filho:

“A vantagem não se relaciona apenas e exclusivamente com a questão financeira. O Estado necessita receber prestações satisfatórias, de qualidade adequada. De nada serviria ao Estado pagar valor irrisório para receber objeto imprestável”. (G.N.)

Neste sentido, José Cretella Júnior:

“Mas vantajosa não é a proposta de menor preço, mas a que se apresente mais adequada, mais favorável, mas consentânea com o interesse da Administração, observadas, sem dúvida, outras condições como o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento”. (G.N.)

A escolha da administração há de recair, portanto, na proposta mais vantajosa apresentada pela proponente que preencher os requisitos necessários à contratação com a Administração Pública, nos moldes da Lei e do edital.

O Professor José Cretella Júnior assim conceitua o instrumento convocatório:

“Elemento ou documento fundamental da licitação, que não só assegura o requisito da publicidade, peculiar ao ato administrativo, como também vincula a Administração e administrados-concorrentes, ao que nele se prescreveu — eis o edital, instrumento convocatório vinculatório. Peça básica do procedimento concorrential ou licitatório, funciona como sua lei interna, que traça as diretrizes dos interessados em todos os momentos ulteriores”.

O Dr. Carlos Medeiros Silva, in “Parecer”, em RF 238:64, define a importância do edital:

“O edital é a norma fundamental da concorrência, que, fiel aos princípios legais, determina o objeto da licitação, dá-lhe publicidade, discrimina os direitos e obrigações das partes e estabelece o processamento adequado à apreciação e julgamento das propostas”.

O Parecer RF 240:59, da lavra de José Cretella Júnior, assim determina:

“Na fase que se destina à apuração da idoneidade, as autoridades examinam não só os requisitos de ordem moral, financeira e técnica, como também as condições específicas do edital”.

Vê-se que o edital ou carta convite são apontados pelos grandes mestres como elemento ou

norma fundamental que faz lei entre as partes (Administração Pública e proponentes), peça básica sem a qual não pode haver licitação.

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.

Socorremo-nos ao mestre Hely Lopes Meirelles, maior doutrinador pátrio na matéria, para dirimir quaisquer dúvidas acerca da assertiva retro. Vejamos:

“Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração das ofertas, e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse do estabelecido e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação (art. 41). O mesmo ocorre com o convite, que é um edital restrito”.

O artigo 41 da Lei nº 8.666/93, devidamente mencionado pelo saudoso mestre, estabelece que os administradores públicos não poderão, em hipótese alguma, inobservar o instrumento convocatório. Senão vejamos.

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

Acerca da ordem legal emanada do artigo 41, Marçal Justen Filho aduz:

“O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia (confira-se julgado na Revista dos Tribunais 644/69)”. (G.N.) Não se olvide também que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é alicerce do procedimento licitatório, conforme se depreende do seguinte dispositivo da Lei 8.666/1993.

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.

Ante o que foi abundantemente exposto, depreende-se que a Administração Pública estará sempre, inexoravelmente, obrigada a seguir o estabelecido no instrumento convocatório, sobretudo porque elaborado por ela.

O princípio nasce da necessidade de normatização das licitações de modo a garantir a ampla concorrência, sem favoritismos ou escolhas baseadas em preferências pessoais dos encarregados de administrar a “res publica”. Desta feita, preservam-se, além do princípio em comento, os princípios da legalidade, da igualdade, da impessoalidade e da moralidade.

Pois bem, de acordo com Marçal Justem Filho:

O conceito de princípio foi exaustivamente examinado por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirmou que é “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Deve lembrar-se que a relevância do princípio não reside na sua natureza estrutural, mas nas suas aptidões funcionais. Vale dizer, o princípio é relevante porque impregna todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas. O princípio é importante não exatamente por ser a “origem” das demais normas, mas porque todas elas serão interpretadas e aplicadas à luz dele. Quando se identifica o princípio fundamental do ordenamento jurídico, isola-se o sentido que possuem todas as normas dele integrantes.

Marçal ainda aponta que:

O art. 3º sintetiza o espírito da Lei, no âmbito da licitação. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios, mas respeitando as regras adotadas.

E — repita-se — é justamente no supracitado art. 3º que se encontra ordem expressa da Lei para observância dos princípios da isonomia, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, sendo que, no caso em tela, todos amparam a modificação da respeitável decisão administrativa de habilitação da RECORRIDA.

A jurisprudência é vasta e uníssona sobre este tema. Senão vejamos.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se manifestou no sentido de que:

“...no processo licitatório, a comissão está subordinada ao princípio de que seus julgamentos são de natureza objetiva, vinculados aos documentos apresentados pelos licitantes e subordinados aos critérios de rigorosa imparcialidade. Não há como se prestigiar solução administrativa que acena para imposição da vontade pessoal do agente público e que se apresenta como desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da verdade” (STJ. 1ª Seção. MS nº 5827. DJ 09 mar. 1998. p. 04).

Ainda:

“...o edital, elemento fundamental do procedimento licitatório, é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres da ambas as partes. Se o Recorrente, ciente das normas editalícias, não apresentou em época oportuna qualquer impugnação ou questionamento, ao deixar de atendê-las, incorreu no risco e na possibilidade de sua desclassificação, como de fato aconteceu. Recurso desprovido” (STJ. 2ª Turma. RMS nº 10847/MA. Registro nº 1999/0038424-5. DJ 18 fev. 2002. p. 00279).

Isto posto, parece à RECORRENTE que a respeitável decisão administrativa exarada por Vossa Excelência e ratificada pela nobre Comissão Permanente de Licitação não está correta e, conseqüentemente, merece reforma.

Afinal, a RECORRIDA apresentou Atestados de Capacidade Técnica incompatíveis com o objeto licitado, senão vejamos:

Prefeitura Municipal de Taubaté

Processo 58.853/17

Pregão nº 307/17

Objeto: Aquisição de central de alarme monitorada, sirene para central de alarme, sensor de presença infravermelho passivo, bateria para central de alarmes e articulador para sensor infravermelho pet.

O objeto em questão suscitado acima refere-se tão somente à aquisição de materiais e não prestação de serviços. Objeto da licitação em questão é:

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA INSTALAÇÃO DE ALARMES EM COMODATO, MANUTENÇÃO E MONITORAMENTO PARA AS UNIDADES ESCOLARES E PRÉDIOS ADMINISTRATIVOS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, PELO PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES.

Tais atestados não comprovam sua capacidade de contratar com a Administração.

A aptidão técnica deve ser objeto de investigação minuciosa por parte da Administração Pública. Além do exame dos documentos e da realização de diligências internas, poderão ser efetuadas diligências externas (tais como vistorias, por exemplo), ainda quando não expressamente previstas no ato convocatório.

A Administração Pública poderá executar diligências não previstas especificamente no ato convocatório. A atividade da administração Pública não pode ser meramente passiva, sob pena de tornar inúteis as exigências contidas no ato convocatório. Deve promover-se a investigação acerca de dúvidas.

Sendo assim, mencionadas falhas não poderão ser corrigidas extemporaneamente pela RECORRIDA, pois o conhecimento de novos documentos não é permitido pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, que assim estabelece:

Art. 43...

§ 3º. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, VEDADA A INCLUSÃO POSTERIOR DE DOCUMENTO OU INFORMAÇÃO QUE DEVERIA CONSTAR ORIGINARIAMENTE DA PROPOSTA.

Vê-se, Excelência, que a diligência é possível desde que não enverede pela juntada de documento novo. Por exemplo, imagine que uma proponente, equivocadamente, apresente em sua habilitação uma certidão de regularidade fiscal ou uma certidão de falência e concordata vencidas e, por conta disso, seja inabilitada. É certo que não lhe seria concedido prazo para juntada de nova certidão, ainda que a nova certidão comprovadamente preenchesse os requisitos de habilitação definidos pelo edital.

Destarte, se, no exemplo acima, não é permitida a juntada de novo documento, no caso em tela, envolvendo a RECORRIDA, também não se admitirá a apresentação de novos documentos de regularidade fiscal.

A realização de diligências, no caso presente, se faz necessária, com finalidade de realização de exame minucioso e detalhado da documentação acostada ao certame pela Empresa ora RECORRIDA.

Desta feita, o que vale para um, vale para todos, já que tratar os iguais de forma diferente desonraria o princípio da isonomia e, como bem ensinou Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

“A licitação visa proporcionar á Administração selecionar a proposta mais vantajosa e aos licitantes igual oportunidade de concorrerem. O edital, lei interna a regular o procedimento, deve conter todas as condições, bem como os critérios a serem observados no julgamento, não sendo admissível sejam os concorrentes surpreendidos com critérios dos quais não tinham conhecimento. A igualdade de tratamento entre os licitantes é princípio constitucional que desatendido constitui em desvio de poder, reparável pelo Mandado de Segurança”. (TJ/PR – Reex. Nec. 40/83 Ac. 2.335 – 2ª Câ. Cív. – Rel: Des. Ossian França – j. em 23.11.83 – Fonte: Banco de dados de Jurisprudência do TJ/PR). (G.N.)

E não se diga que a RECORRENTE está defendendo formalismo excessivo, pois a Lei, a jurisprudência e a melhor doutrina apontada alhures esclarecem que a decretação da inabilitação da RECORRIDA não seria rigorismo exacerbado, mas ato compatível com a legalidade e a justiça.

Define Sidney Bittencourt que: “máxima em direito, que resume com precisão a atuação da Administração Pública no atendimento do Princípio da Legalidade, é a distinção que é feita entre os universos do Direito Público e do Direito Privado: no primeiro só é possível realizar o que a lei autoriza; no segundo, é factível fazer o que a lei não proíbe”.

Não é a toa que o eminente ministro aposentado do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Exmo. Dr. Eros Grau, assim definiu:

“Se pretendermos, portanto, relacionar o princípio da legalidade ao regime de Direito Público, forçoso seria referirmo-lo, rigorosamente, como princípio da legalidade sob conteúdo de comprometimento positivo”.

Ou, como salienta o mestre Seabra Fagundes: “Administrar é aplicar a lei de ofício”.

Afinal, de acordo com ensinamento emanado do mestre Hely Lopes Meirelles:

expostas no transcorrer desta peça recursal, determinar a desclassificação e a inabilitação da RECORRIDA.

Não sendo este o entendimento de V. Sa., requer-se o encaminhamento para a autoridade superior, para que análise a presente defesa em última instância.

Nestes termos Pede,

E Aguarda Deferimento.

Santo Antônio de Posse, 17 de Maio de 2018.

AZZUS CONSULTORIA EM GESTAO EMPRESARIAL EIRELI - ME

Gilmar Xavier Prates
RG. 18.152.726-1
CPF 075.615.578-92
Diretor

24.982.435/0001-471
AZZUS CONSULTORIA EM GESTÃO
EMPRESARIAL EIRELI-ME
Rua João Santino, 63
1ª Esperança CEP:13830-000
Santo Antonio de Posse - SP