

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL E DOUTA COMISSÃO JULGADORA – MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE/MT

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 011/2020 - SRP

Processo nº 058/2020

Assunto: RECURSO ADMINISTRATIVO

EMPORIUM CONSTRUTORA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 05.163.253/0001-08, com sede na Rua Duque de Caxias, nº 450, Sala 304, Bairro Centro, na cidade de Uberlândia/MG, representada neste ato pelo seu Sócio-Diretor “*in fine*” assinado, vem, mui respeitosamente, à vossa presença, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO,

com fulcro no art. 44 do Decreto nº 10.024/2019 c/c art. 109, I, “a”, da Lei nº 8.666/1993, bem como na Seção XII do Edital do certame em epígrafe, pelos motivos de fato e de direito a seguir elencados:

Esta Recorrente requer seja recebido e processado o presente Recurso Administrativo e registra, por cautela, a aplicação de seu **EFEITO SUSPENSIVO**, na forma do artigo 109, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A Recorrente, pugna que, na hipótese de manutenção da r. decisão, ora combatida, que se faça subir a presente manifestação, devidamente informada, à autoridade competente.

I – SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de Recurso Administrativo apresentado pela empresa **EMPORIUM CONSTRUTORA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, ora Recorrente, frente ao procedimento realizado pelo Pregoeiro oficial do Pregão Eletrônico em epígrafe, haja vista ter **HABILITADO** a licitante M.R. CAMINHÕES LTDA ME, CNPJ: 10.719.737/0001-12, ora Recorrida, a qual não remeteu os documentos via sistema (BLL), descumprindo, portanto, a exigência disposta no item 11.1.1 do Edital.

É certo que tal decisão não pode prosperar e merece ser reformada, conforme se demonstrará pelas razões a seguir expostas.

II – DO MÉRITO E DO DIREITO

II. A – DAS RAZÕES DE REFORMA/REVISÃO DO ATO ADMINISTRATIVO COMBATIDO

Inicialmente, cumpre-nos transcrever a exigência editalícia que foi descumprida pela Recorrida:

*“11.1.1. Os documentos de habilitação deverão ser remetidos **exclusivamente via sistema (BLL)**, junto com a proposta de preços, e quando necessário os documentos complementares.”*

Ressalte-se que este item é taxativo e estipula que o envio dos documentos deve ocorrer **“exclusivamente via sistema (BLL)”**, não se admitindo, portanto, qualquer outro meio de envio.

Mesmo que a Recorrida alegasse qualquer problema de conexão ou operação com o sistema, esse tipo de ocorrência é de sua exclusiva responsabilidade, conforme dispõe o item 5.3 do Edital:

*“5.3 Cabe à licitante acompanhar as operações no sistema eletrônico durante a sessão pública do Pregão, **ficando responsável pelo ônus decorrente da perda de negócios** diante da inobservância de qualquer mensagem emitida pelo sistema ou de sua desconexão.”*

Ainda, analisando-se o histórico de mensagens do sistema, constata-se que não consta nenhuma mensagem da Recorrida, sequer informando algum tipo de problema para remessa dos documentos via sistema. Se essa comunicação se deu por outros meios, tem-se que a mesma é nula, pois fere o item 5.2 do Edital:

“5.2 Durante a sessão pública, a comunicação entre o Pregoeiro e as licitantes ocorrerá exclusivamente mediante troca de mensagens, em campo próprio do sistema eletrônico.”

Assim, se houve comunicação fora do sistema, tanto essa comunicação como o envio dos documentos por outro meio diferente do estipulado no instrumento convocatório, são nulos e não devem ser admitidos no certame, pois ferem o **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**.

Assim, tendo em vista que a Recorrida não anexou no sistema nenhum documento, descumprindo a exigência editalícia disposta no item 11.1.1 do Edital, deve a Recorrida ser **INABILITADA**, em atendimento aos princípios da VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, ISONOMIA e JULGAMENTO OBJETIVO.

Consultando-se o campo próprio do sistema BLL, é de fácil constatação que a empresa declarada vencedora deixou de atender à supracitada exigência do instrumento convocatório, o que não pode ser aceito por essa nobre Administração Pública, devendo a Recorrida ser **INABILITADA**, com base, inclusive, no princípio da ISONOMIA.

É cediço que, em atenção aos princípios da **VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO** e da **ISONOMIA**, o Pregoeiro deve se ater às previsões editalícias, não podendo conceder aos licitantes exceções não previstas no Edital, devendo desclassificar as propostas e/ou inabilitar as licitantes que não atendem às exigências estipuladas no instrumento convocatório.

O art. 41, *caput*, da Lei nº 8.666/93 é claro:

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

E o Edital do certame em epígrafe é claro, em seu item 11.7, ao dispor sobre o **dever** do Pregoeiro de proceder à inabilitação da Recorrida, a qual não apresentou documentação completa. Vejamos:

*“11.7. Se a documentação de habilitação não estiver completa, estiver incorreta ou contrariar qualquer dispositivo deste Edital, **deverá o Pregoeiro considerar a proponente inabilitada**, salvo as situações que ensejarem a aplicação da LC 123/06.”*

Ressalte-se que os critérios de julgamento das propostas estão dispostos no artigo 45 da Lei nº 8.666/93, à qual o edital do referido pregão está vinculado:

*“Art. 45. **O JULGAMENTO DAS PROPOSTAS SERÁ OBJETIVO**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.”*

O **julgamento objetivo** pressupõe que se leve em conta apenas o que está descrito nas exigências do Edital, não podendo o órgão licitador aceitar e habilitar licitante que não atende às exigências pré-definidas no instrumento convocatório.

Pois bem, na Administração Pública, não há liberdade e nem vontade pessoal. Enquanto ao 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”*.

A Licitação, seja qual for a modalidade, é definida como o procedimento administrativo (*seqüência de atos administrativos interligados, que visam atingir um fim*) através do qual a Administração Pública (*Direta e Indireta*) seleciona, mediante critérios claros, objetivos e previamente fixados e tornados públicos, a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Como é de notório conhecimento, o procedimento licitatório destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **ISONOMIA** e, por meio do **JULGAMENTO OBJETIVO**, 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.

A finalidade da imposição do princípio da legalidade é a de impor segurança na relação jurídica patrimonial a ser firmada, e a de evitar, também, que desvios sejam cometidos em prejuízo do patrimônio público. Este princípio, consagrado no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, sintetiza a grande conquista do Estado Democrático de Direito, irradiando-se sobre todo o ordenamento jurídico e, em especial, sobre a atividade administrativa do Estado (art. 37, *caput*). Este princípio delimita a ação do Estado não só em termos do **QUE** pode fazer (substantivo) como em termos do **COMO** pode fazer (instrumental).

Com efeito, a Administração não é livre para agir; ela age “*secundum legis*”, com o conteúdo e sob a forma previstas em lei. O princípio da legalidade está resumido na proposição imperativa: “*Suporta a lei que fizeste*”.

Desta feita, o Edital é a Lei de toda licitação, e a **VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO** é princípio básico de todos os Pregões. Não é admissível que a Administração fixe no instrumento convocatório a forma e o modo de participação dos proponentes, e, no decorrer do procedimento, ou na realização do julgamento, se afaste do estabelecido. O instrumento convocatório é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os proponentes como a Administração que o expediu.

Estabelecidas as regras de certa licitação, elas se tornam inalteráveis durante todo o procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual, para atender esta ou aquela situação.

No mesmo sentido, é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

A vinculação ao instrumento convocatório tem extrema importância; Por ela, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração, e se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e a probidade administrativa.

Se o instrumento de convocação, normalmente o edital, tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente; mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela, por imposição da Publicidade dos atos Administrativos.

Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246)

Como se vê, o princípio da **vinculação ao instrumento convocatório**, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da **igualdade**, **impessoalidade**, **publicidade**, **moralidade** e **probidade administrativa**, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais **objetivo** possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

Como bem destaca Fernanda Marinela:

“O princípio da vinculação ao instrumento convocatório leva à assertiva de que o edital é a lei interna da licitação: Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. O instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei.” (MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264).

Oportuno ressaltar, do trecho acima:

*“não podendo o Administrador exigir nem mais **NEM MENOS** do que está previsto nele.” (grifos nossos)*

Corroborando com nossa argumentação, citamos o memorável Marçal Justen Filho, que nos ensina, e ainda cita julgados relativos ao tema em questão:

“(...) Sob um certo ângulo o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos (atos administrativos). Ao descumprir normas constantes do Edital, a Administração frustra a própria razão de ser da Licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como o da Legalidade, a Moralidade, a Isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. (...)

Jurisprudência do STF:

“A Administração bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do Edital [art.37,XXI, da CF/88 e arts. 3º,41 e 43, V da Lei 8666/93}, sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto” (MS-AGR 24.555/DF 1ª T. Relator Ministro Eros Grau – 21.02.2006 –DJ 31/03/2006).

Jurisprudência do STJ:

“Em resumo: O Poder Discricionário da Administração esgota-se com a Elaboração do Edital da Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração vincula-se “estritamente a ele”(REsp 421.946/DF 1T. Relator Ministro Francisco Falcão. 07.02.2006 – DJ 06.03.2003).

“(...)Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei 8666/93 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma

das fases, os critérios do julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do Edital. (...)”.

(Fonte: Justen Filho, Marçal – Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 16ª ed. rev. e ampl. – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2014. Págs. 765 a 771.)

Dessa forma, não há que se falar em manutenção da habilitação da Recorrida, tudo conforme o exposto supra, devendo ser **REFORMADO o ato de habilitação da mesma, promovendo-se sua INABILITAÇÃO do certame e convocando-se a próxima colocada para apresentar sua Proposta atualizada e documentos.**

Além disso, deve-se ressaltar o princípio da AUTOTUTELA, que consubstancia-se no poder-dever da Administração Pública de rever seus atos quando eivados de vício, o qual, no caso em tela, é a habilitação da Recorrida, que não anexou no sistema os documentos exigidos no instrumento convocatório, ao invés de **INABILITÁ-LA**, em atendimento ao Edital, e convocar o próximo colocado, tudo em atenção aos **princípios da VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, ISONOMIA, LEGALIDADE e JULGAMENTO OBJETIVO.**

Portanto, considerando todo o acima exposto, deve ser reformada a decisão do Pregoeiro de habilitação da empresa Recorrida, tornando-a INABILITADA; tudo sob pena de ofensa à Constituição e aos princípios norteadores do procedimento licitatório e da Administração Pública.

III – DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, esta Recorrente **requer** se digne esse nobre Servidor Julgador a:

A) receber o presente Recurso Administrativo, no efeito suspensivo, e conhecê-lo, posto que tempestivo e na forma legal;

B) Julgar PROCEDENTE o presente Recurso Administrativo, para **REFORMAR** a decisão do Pregoeiro que habilitou a empresa Recorrida promovendo-se a sua **INABILITAÇÃO**, convocando-se o próximo colocado para apresentar sua Proposta atualizada e documentos, por ser a medida que ora se impõe, por todas as razões acima expostas;

C) Ao fim, em caso que se torne necessário, protesta pela produção de todos os meios de provas em direito admitidos, notadamente documental e o que mais for admitido por este procedimento.

Nestes Termos, **Pede Deferimento!**

Uberlândia/MG, 13 de junho de 2020.



EMPORIUM CONSTRUTORA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
Adailton Ferreira Soares – Sócio-Diretor
RG: MG-2.874.919-SSP/MG – CPF: 533.727.356-68