

RECURSO CONTRA HABILITAÇÃO DE OUTREM

Ilmo. Sr. Presidente da Comissão de Licitação da Câmara Municipal de Santos

Ref.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 13/2024 (PROCESSO Nº 6863/2024)

FF Soluções LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 14.336.933/0001-69, com sede na Rua Carlos Spera, nº 103 Trujillo, na cidade de Sorocaba, estado de São Paulo, por seu representante legal infra assinado, tempestivamente, vem, com base no artigo 165 da Lei nº 14.133/2021, interpor oportuno e tempestivo a fim de interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

Contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que julgou habilitada a licitante DAT SOLUCOES EM TECNOLOGIA LTDA, apresentando no articulado as razões de sua irresignação.

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitacional susografado, a recorrente e outras licitantes, dele vieram participar.

Sucedendo que, após a análise da documentação apresentada pelos licitantes, a Comissão de Licitação culminou por julgar habilitada a empresa DAT SOLUCOES EM TECNOLOGIA LTDA, ao arrepio das normas editalícias.

II – DAS RAZÕES DA REFORMA

De acordo com Edital da licitação em apreço, estabelecido ficou, entre outras condições de participação, que as licitantes deveriam apresentar “(...) **certificação de treinamento referente aos equipamentos do objeto do certame**”, conforme item nº **8.27.**, do Edital.

Ocorre que a proponente DAT SOLUCOES EM TECNOLOGIA LTDA, não atendeu tal exigência, pois não apresentou a documentação solicitada no item 8.27.

É sabido de todos que a prova do cumprimento de toda e qualquer exigência editalícia deve ocorrer na época oportuna, não podendo relegar-se para o futuro a apresentação de documento que deveria integrar o momento pertinente à habilitação.

Aliás, o § 3º, do art. 43, da Lei nº 8666/93, deixa patente a impossibilidade de ser incluído documento posteriormente à fase apropriada.

De outra parte, a conduta voltada à aceitação de apresentação de documento de forma extemporânea viola o princípio da isonomia que deve presidir todo e qualquer procedimento licitatório.

Isto posto, juridicamente todos os licitantes devem obedecer estritamente as regras do edital conforme previsto no artigo 5 da nova lei 14.133/2021. Ou seja, devem atender estritamente ao princípio da estrita vinculação ao edital. Portanto, gostaríamos de citar:

Lei Federal 14.133/2021

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da **impeccabilidade**, da **moralidade**, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da **transparência**, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da **vinculação ao edital**, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Princípio da Estrita Vinculação

Superior Tribunal de Justiça – STJ

Princípio da estrita vinculação ao edital. A atuação do administrador deve pautar-se estritamente nas condições fixadas no ato convocatório: STJ – REsp nº 421946/DF – Relatoria: Ministro Francisco Falcão – “II – O art. 41 da Lei nº 8.666/ 93 determina que: ‘Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.’ III – Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do

Administrador Público, posto que este atua como gestor da 'res publica'. Outra não seria a necessidade do vocábulo 'estritamente' no aludido preceito infraconstitucional. (...) V – Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se 'estritamente' a ele." (STJ – REsp 421946 / DF – 2002/0033572-1 – Min. Francisco Falcão – Primeira Turma – DJ 06/03/2006 p. 163)

Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Princípio da estrita vinculação ao edital. Impossibilidade de realizar modificação nas condições pactuadas, não constantes do edital, após a celebração do contrato: **TRF 1ª Região – 005.01.00.058355-6/MG** – Relatoria: Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues "1. A vinculação aos termos e às exigências do edital de licitação (Lei 8.666/93, art. 41, 'caput') deve ser observada por todos os licitantes, não podendo exigência nele prevista ser afastada para alguns deles, sob pena de ofensa, também, ao princípio da isonomia dos licitantes.

O Coordenador Técnico-Jurídico do Grupo do ConLicitação Aniello Parziale e o Dr. Antonio Cecílio Moreira Pires ensinam:

Há de se observar que a vinculação ao edital dirige-se tanto à Administração quanto ao licitante proponente. Se a Administração se afastar das regras do edital, estará a cometer flagrante ilegalidade, que poderá ensejar a anulação da licitação. Quanto ao licitante, deve ele atender a todos os requisitos dispostos em edital, sob pena de ser alijado do conclave, seja por meio de inabilitação, seja mediante a sua desclassificação, conforme o caso. (Antonio Cecílio Moreira Pires; Aniello Parziale. Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos; Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021 (Manuais Profissionais) (p. 53). Editora Almedina Brasil. Edição do Kindle).

Hely Lopes Meirelles

"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).

"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." (in Licitação e contrato administrativo, 14ª ed. 2007, p. 39)

Marçal Justen Filho leciona

"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 regra 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." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 401)

Joel de Menezes Niebuhr

Sob essa luz, publicado o edital, a Administração e os licitantes estão vinculados a ele, não podem se apartar dos seus termos. A discricionariedade administrativa que dá a tônica da etapa preparatória se dissipa e dá lugar à vinculação. À Administração não é permitido fazer exigências não previstas no edital nem deixar de exigir aquilo que fora prescrito nele. Os licitantes, por sua vez, devem cumprir os termos estabelecidos no edital. Eis o princípio da vinculação ao edital, que corresponde a uma das ideias mais básicas sobre licitação pública. Niebuhr, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo (p. 664). Fórum. Edição do Kindle.

No mesmo sentido, como a Administração deve tratar todos os licitantes com isonomia, impessoalidade, moralidade e transparência conforme previsto no artigo 5 da nova lei de licitação 14.133/2021 para fundamentar a decisão de inhabilitar o outro licitante. Tal medida obedece a tais princípios, ou seja, não pode haver a quebra de tais princípios pela infração cometida pelo outro licitante, a saber:

Princípio da Isonomia

A isonomia e a tutela aos interesses coletivos

Mas a isonomia também se configura como proteção ao interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração. Sob esse prisma, a isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos.

A isonomia na elaboração do ato convocatório

Em uma primeira fase, há um ato administrativo em que são fixados os critérios de diferenciação que a Administração adotará para escolher o contratante. As diferenciações constantes do ato convocatório devem atentar para os limites acima indicados. Será inválida a discriminação contida no ato convocatório se não se ajustar ao princípio da isonomia. Será esse o caso quando a discriminação for incompatível com os fins e valores consagrados no ordenamento. O ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à "proposta vantajosa". No entanto, também se admite que essa discriminação reflita a utilização da licitação para a promoção de certos fins socialmente desejáveis, tal como se passa, de modo especial, no tocante ao tratamento preferencial para microempresas e empresas de pequeno porte (LC 123/2006). O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: (a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; (c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; e (d) adota discriminação

ofensiva de valores constitucionais ou legais. Toda e qualquer discriminação deverá constar do ato convocatório. Não são válidas discriminações “inovadoras”, introduzidas após editado o ato convocatório. Se é impossível (e indesejável) suprimir as diferenciações, devem elas ser definidas de antemão. Também sob esse ângulo, o ato convocatório envolve autorrestrição à discricionariedade administrativa. No entanto, não haverá necessidade de constar do ato convocatório a discriminação prevista em dispositivo legal de eficácia plena, cuja aplicação não dependa de uma decisão da Administração.

A isonomia ao longo do procedimento licitatório

Depois de editado o ato convocatório, inicia-se a chamada fase externa da licitação. Os particulares apresentam as suas propostas e documentos, que serão avaliados de acordo com os critérios previstos na Lei e no ato convocatório. Nessa segunda fase, a Administração verificará quem, concretamente, preenche mais satisfatoriamente as condições para ser contratado. Também nessa etapa se exige o tratamento isonômico. Trata-se, então, da isonomia na execução da licitação. Todos os interessados e participantes merecem tratamento equivalente. Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas (pp. 113-114). Thomson Reuters Revista dos Tribunais. Edição do Kindle.

Princípio da Transparência

Hodiernamente, **a abrangência do princípio da publicidade obriga a Administração a se pautar pela transparência, podendo o interessado ter vistas do processo licitatório, a qualquer momento, inclusive no que diz respeito aos atos que compreendem a fase interna da licitação.** Além disso, é de relevo salientar que o art. 13 destrincha o princípio da publicidade, enquanto regra, estabelecendo **três exceções ao vetor principiológico em comento: o sigilo por questões de segurança nacional e do Estado, na forma da Lei; o conteúdo das propostas até sua regular abertura; e, finalmente, o orçamento da Administração Pública, na forma do que dispõe o art. 24.** Cecílio Moreira Pires, Antonio; Parziale, Aniello. Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos; Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021 (Manuais Profissionais) (p. 41). Editora Almedina Brasil. Edição do Kindle.

Sobre a importância da administração observar o princípio da impessoalidade com reflexo na isonomia, o Sr. Aniello Parziale e o professor Dr. Antonio Cecílio Moreira Pires nos ensina, a saber:

No que diz respeito ao princípio da impessoalidade, calha aqui lembrar que este se encontra umbilicalmente ligado ao princípio da isonomia. Ora, se a Administração Pública, em razão da isonomia, **está obrigada a tratar a todos no mesmo pé de igualdade, certo é afirmar que o princípio da impessoalidade vem, em última análise, a concretizar a imposição constitucional trazida no conteúdo da isonomia. Isso porque, pelo princípio da impessoalidade, a Administração está obrigada a pautar os seus atos, única e exclusivamente, com vistas ao cumprimento do interesse público, sendo vedado, portanto, o estabelecimento de cláusulas ou condições que imponham privilégios ou prejuízos a quem quer que seja, de modo a permitir que todos sejam tratados de forma igualitária.**

Maria Sylvia Zanella Di Pietro coloca o princípio da impessoalidade não só ligado ao princípio da isonomia, pelo que traz à baila o princípio do julgamento objetivo, como condicionante para a observância dos princípios constitucionais em comento:

O princípio da impessoalidade, já analisado no item 3.3.3, aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes **devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração**, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

Em suma, **a impessoalidade impede a existência de distinções fundadas no caráter pessoal do interessado, sem qualquer relevância para a licitação**. De sua vez, para atendimento do princípio da moralidade, não é suficiente que a Administração Pública revista os seus atos da mais completa licitude; é preciso, ainda, que esses mesmos atos estejam em conformidade com a moral. Em outro giro, o exercício da atividade administrativa, embora venha a atender aos ditames da Lei, pode ser considerado inválido, se proferido em desconformidade com a moral.

Cecílio Moreira Pires, Antonio; Parziale, Aniello. Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos; Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021 (Manuais Profissionais) (p. 38-39). Editora Almedina Brasil. Edição do Kindle.

Princípio da isonomia

O princípio mais importante para a licitação pública é o da isonomia ou da igualdade. Ele é, como ressaltado no primeiro capítulo, a própria causa da licitação pública. Melhor explicando: o contrato administrativo gera benefício econômico ao contratado. Como todos os interessados devem ser tratados com igualdade, por força do caput do artigo 5º da Constituição Federal, impõe-se à Administração seguir certas formalidades para escolher com quem contratar, quem será o beneficiário. Por exemplo, entre outras coisas, a Administração precisa informar todos os potenciais interessados em que termos pretende celebrar o contrato, precisa receber as propostas de todos e avaliá-las com objetividade etc., o que, em conjunto, denota espécie de processo administrativo, denominado licitação pública. Quer dizer que a licitação pública é procedimento utilizado para que a Administração selecione com quem futuramente irá celebrar contrato, de maneira respeitosa ao princípio da igualdade, sem privilegiar apadrinhados ou desfavorecer desafetos. Vê-se que o princípio da isonomia impõe à Administração uma série de formalidades para escolher futuros contratados, que em conjunto constituem a própria licitação pública. Repita-se, a Administração procede à licitação pública por causa do princípio da isonomia, para assegurá-lo. Sem embargo, desde a Antiguidade é sabido que o princípio não demanda igualdade absoluta. Afirma-se, com frequência, que os iguais devem ser tratados com igualdade e os desiguais de maneira desigual. Nessa linha, resta saber quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como até que ponto é legítimo estabelecer um tratamento desigual aos desiguais. De acordo com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma; qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?

Robert Alexy, procurando respostas às mesmas questões levantadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, pondera: A assimetria entre a norma de igualdade de tratamento e desigualdade de tratamento tem como consequência que a máxima geral de igualdade pode ser interpretada no sentido de um princípio de igualdade que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se pode ser justificado com razões opostas [...]. Se não há razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual.

O tratamento desigual é exceção à “máxima geral de igualdade” e somente é legítimo e constitucional se encontra justificativas plausíveis, uma “razão suficiente”, nas palavras de Robert Alexy. Sob esse contexto, impende reconhecer que o edital de licitação é um documento que em sua essência desiguala situações e pessoas. Por exemplo: a Administração quer comprar cadeiras para um auditório e, em vista disso, exige, no edital, cadeiras estofadas em couro. Ao formular essa exigência, a Administração está discriminando as pessoas que não trabalham com cadeiras estofadas em couro. Quem trabalha com cadeiras não estofadas ou estofadas com outro material não pode participar da licitação.

Mas, o ponto é que essa discriminação lançada no edital não é necessariamente ilegítima, contrária ao princípio da igualdade. Ocorre que, como dito, é permitido desigualar. No entanto, para que o tratamento desigual seja legítimo é necessário que seja amparado e justificado no interesse público, parâmetro para aferir a “razão suficiente” referida por Robert Alexy. Continuando no exemplo, deve haver justificativa em interesse público, mensurada em consonância à razoabilidade, para contratar cadeiras estofadas em couro, excluindo da licitação aqueles que trabalham com cadeiras não estofadas ou estofadas com outros materiais.

Portanto, o que determina se dada exigência é compatível ou incompatível com o princípio da isonomia é o interesse público, norte para avaliar se existe “razão suficiente” para o tratamento desigual. Se a exigência for amparada e justificada em interesse público, de forma razoável e proporcional, ainda que desigualmente pessoas e situações, será legítima, sem impor qualquer sorte de agravos ao princípio da isonomia. Se a exigência não for amparada e justificada em interesse público, será ilegítima e ofensiva ao princípio da isonomia. **(Niebuhr, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo (pp. 88-90). Fórum. Edição do Kindle).**

Renomado jurista Joel de Menezes Niebuhr

Princípio da impessoalidade

A impessoalidade é mais um princípio preceituado no caput do artigo 37 da Constituição Federal e reproduzido no artigo 5º da Lei n. 14.133/2021. Parte-se do pressuposto de que o interesse público não pertence a ninguém em particular, por maiores que sejam os seus atributos morais e méritos, mas pertence à coletividade. Aqueles que gerenciam o interesse público, por consequência, gerenciam algo que não lhes pertence, já que lhes é vedado buscar atender a interesses pessoais, corporativos ou de terceiros. O agente administrativo deve atuar de modo impessoal, refutando intervenções de ordem subjetiva, alheias ao interesse público.¹⁰⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello atenta para a identidade entre os princípios da impessoalidade e da isonomia. Segundo ele, o princípio da impessoalidade “traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas”,¹⁰⁷ por isso que “o princípio em causa não é senão o próprio princípio da

igualdade ou isonomia”.¹⁰⁸ Cármen Lúcia Antunes Rocha refuta a redução do princípio da impessoalidade ao da isonomia. Ainda que os considere muito próximos, admitindo até que a impessoalidade serve à realização da igualdade, igualdade, sustenta que os respectivos significados são diversos. Para ela, “a relação jurídica realçada no princípio da igualdade é a dos cidadãos na dinâmica política da sociedade e entre estes e o Estado”. Nessa perspectiva, o núcleo isonômico concentra-se na proibição de discriminações infundadas, incluindo, daí, a vedação de privilégios. Já o princípio da impessoalidade, segundo a citada professora e ministra do Supremo Tribunal Federal, centra-se na proibição de privilégios por parte do administrador. Assim, “a relação principal enfatizada na impessoalidade é a do agente administrativo com a Administração Pública e, em especial, com o Poder Público, no exercício do qual todos os privilégios podem ser angariados por maus agentes”.¹¹⁰ Em que pese a discussão, as licitações públicas e os contratos administrativos não podem se pautar por interesses de cunho pessoal, para beneficiar apadrinhados ou para satisfazer reclames estranhos ao sentimento da coletividade. Além do mais, a licitação pública e o contrato administrativo não podem ser informados por critérios pessoais e subjetivos, porém sempre por padrões respeitosos à equidade. **(Niebuhr, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo (pp. 105-107). Fórum. Edição do Kindle).**

III – DO PEDIDO

De sorte que, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito para que seja

Anulada a decisão em apreço, na parte atacada neste, declarando-se a empresa DAT SOLUCOES EM TECNOLOGIA LTDA, inabilitada para prosseguir no pleito.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Nestes Termos

P. Deferimento

Sorocaba, 02 de dezembro de 2024

FF SOLUCOES
LTDA:1433693300
0169

Assinado de forma digital por FF
SOLUCOES LTDA:14336933000169
Dados: 2024.12.02 18:35:38 -03'00'

Carlos Felipe Zatta - Empresário
RG: 29.632.820-0