

Zimbra**pregao@gaspar.sc.gov.br**

Pregão Presencial n. 033/2021: recurso

De : Guilherme Vargas | Vargas & Vargas Advogados
Associados <guilherme@vargasevargas.adv.br>

Sex, 30 de abr de 2021 17:59

 2 anexos

Assunto : Pregão Presencial n. 033/2021: recurso

Para : pregao@gaspar.sc.gov.br

Prezados, boa tarde!

Segue o recurso relacionado às motivações lavradas e registradas na Ata da Sessão de Julgamento do certame em destaque.

Favor acusar recebimento.

Atenciosamente,

Guilherme Vargas

OAB/SC n. 43.493

(47) 3285-6779 | 98402-7758



 **20210430 - Recurso - Gaspar MU).pdf**
377 KB

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO E FAZENDA DO
MUNICÍPIO DE GASPAR, ESTADO DE SANTA CATARINA**

Ref. Pregão Presencial n. 33/2021

MECÂNICA UNIÃO LTDA. - EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 82.637.760/0001-79, com sede na Rua São Paulo, n. 2.390, bairro Itoupava Seca, no Município de Blumenau/SC, CEP 89.030-000, vem, perante Vossa Senhoria, por intermédio de seu procurador abaixo assinado, apresentar, de maneira própria e tempestiva, perante a municipalidade em epígrafe, seu

RECURSO ADMINISTRATIVO

pertinente ao Pregão Presencial n. 033/2021, publicado e promovido pelo Departamento de Compras e Licitações, representando o Município de Gaspar/SC, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o n. 83.102.244/0001-02, com sede na Rua São Pedro, n. 128 – Edifício Edson Elias Wieser – 2º Piso (ao lado da sede da Prefeitura), bairro Centro, CEP 89.110-082, ante os fatos e fundamentos a seguir expostos:

DOS FATOS

Aos vinte e sete dias do mês de abril do corrente ano, o Município de Gaspar/SC realizou a sessão de abertura dos envelopes referentes ao Edital de Pregão Presencial n. 33/2021, visando, sob uso do Sistema de Registro de Preços (SRP), a “**registro de preços objetivando a contratação de empresa(s) para a prestação dos serviços de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de peças em geral e acessórios, para veículos da frota do Município de Gaspar/SC**”.

Por se tratar de contratação de interesse da Recorrente, esta passou a analisar a íntegra do ato convocatório, visando verificar a viabilidade de sua participação no certame. Assim, pode notar que logo a partir da capa do ato convocatório, o tipo da licitação seria do menor preço e a forma de julgamento, por sua vez, organizada por lote.

Realizada a sessão voltada à abertura e análise das propostas dos participantes, o Pregoeiro e a Equipe de Apoio iniciaram a etapa de lances de maneira completamente avessa àquela contida no Edital, solicitando aos licitantes presentes que promovessem seus lances para cada um dos itens do lote, que contemplava itens que mereciam diminuição de valor (hora da mão-de-obra) e outros, acréscimo (desconto sobre peças).

Indagado sobre o tema durante a sessão, o Sr. Pregoeiro (assim como os demais membros da mesa) tiveram entendimento diverso do representante da Recorrente, mantendo o curso do julgamento em completa dissonância aos requisitos editalícios, não restando alternativa àquela que não a de se insurgir contra tal decisão, a qual se dá pelas razões a seguir elencadas.

DO DIREITO

O ordenamento jurídico pátrio prevê a obrigatoriedade dos órgãos e entidades do poder público promoverem suas compras e contratações através da utilização de uma sequência lógica de atos administrativos, regidos por diversos princípios, denominado instituto das licitações públicas.

É o que se vê do artigo 37, XXI da CRFB:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**,

com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Em âmbito nacional, tal inciso da Carta Magna fora regulamentado pela Lei n. 8.666/93, conhecida vulgarmente como “Lei de Licitações e Contratos” ou “LLC”. A norma em questão trata de forma mais incisiva e pontual sobre os princípios basilares do direito administrativo que norteiam os certames licitatórios, dentre os quais encontram-se o da **legalidade, igualdade, impessoalidade** e da **ampla competitividade**.

Outra norma gerada para regulamentar o aludido instituto e atualmente, muito provavelmente, a mais popular entre os órgãos e entidades da Administração, é a Lei n. 10.520/02, que criou a modalidade Pregão, cujos regulamentos nas formas presencial ou eletrônico seguem os anseios e disposições de cada um dos entes federativos.

No que diz respeito ao procedimento das licitações e suas várias etapas, a doutrina especializada ensina que a presunção de legalidade, legitimidade e veracidade dos atos administrativos, é como regra, relativa, ou seja, admite comprovação em contrário, garantindo, destarte, a demonstração de insubsistência dos atos praticados pela Administração Pública.

Conforme bem explicitado por diversos autores do direito brasileiro, entre os quais está Demian Guedes (2008), dentre os institutos centrais das relações de direito público que demandam uma cuidadosa reavaliação encontra-se o de presunção de veracidade dos atos administrativos, que, apesar de não contar com fundamentação legal específica, ainda é considerada o “fantasma que apavora quem litiga com a Administração”. Adiante em sua obra, o mesmo reforça o posicionamento, aduzindo:

[...]por se tratar de uma presunção que não ostenta qualquer respaldo legislativo — especialmente após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988 —, a presunção de veracidade deve ser analisada com certa “suspeita”, promovendo-se sua cautelosa oposição a outros valores e princípios administrativos, estes sim, expressos no ordenamento jurídico¹.

E continua o autor, afirmando que “[...]parcela da doutrina pátria entende que a presunção de veracidade cessa diante do questionamento ou da impugnação do ato”.

¹ GUEDES, Demian. *A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe*. In: _____. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 245-247.

No mesmo norte, é o entendimento do ovacionado Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), que, ao reconhecer a presunção de legalidade dos atos administrativos, lembra que a dita presunção só existe até tais atos serem questionados em juízo².

Paralelamente a tais assertivas, Sérgio Ferraz e Adilson Dallari (2005) lembram ser o poder público “[...]quem tem que demonstrar a legalidade de sua atuação”. Assim, concluem os autores que “[...]a presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado”³.

Por força do princípio da legalidade, a atuação da Administração está pautada e limitada pelos preceitos legais positivados, ou seja, nas palavras de Zanella Di Pietro (2015), “[...]a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.”⁴.

O Edital da disputa em questão, trata da seleção de serviços de manutenção para parte da frota veicular municipal e inclui, por vias justificáveis, como requisito de organização administrativa, o fornecimento de peças pela mesma empresa que se sagre vencedora da mão-de-obra correlata.

Logo, por motivação própria, a Administração tratou de organizar o julgamento da licitação em lotes, mantendo a classificação dos grupos da seguinte maneira (exemplificativa):

LOTE	ITEM	DESCRIÇÃO	Quantidade (horas)/ Valor estimado fornecimento de peças, acessórios e materiais	Preço Unitário Máximo R\$/ Percentual de desconto Mínimo %	Valores Totais
01	01	HORAS Serviços de Oficina Mecânica e elétrica de Veículos. Manutenção preventiva e corretiva para veículos (AUTOMÓVEIS e UTILITÁRIOS de Pequeno e Médio Porte, de todas as marcas e modelos <u>movidos a Gasolina</u>) pertencentes ou em utilização pela Frota Municipal.	2.339	R\$ 60,53	R\$ 141.579,67
	02	VALOR Fornecimento de peças e acessórios para veículos (AUTOMÓVEIS e UTILITÁRIOS de Pequeno e Médio Porte, de todas as marcas e modelos movidos a Gasolina) pertencentes ou em utilização pela Frota Municipal.	R\$ 287.000,00	3,02%	R\$ 278.328,80

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008. 1073 p.

³ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 135.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

Como pode-se bem notar, a Administração tomou todas as precauções para deixar claro aos interessados, que efetuará a avaliação dos valores das propostas de acordo com o valor total do lote, o que implica em dizer que a redução das quantias globais de cada “célula”, representariam na aplicação linear dos lances/descontos a cada um dos itens que compusessem o grupo.

Ocorre que, conforme pode se inferir da Ata da Sessão, da documentação lavrada e acostada à mesma, bem como das filmagens e gravações disponíveis no portal eletrônico da Municipalidade, os lances foram efetuados sobre cada item, observando – inclusive – tipos de licitação diferente.

Diferentes, pois nos itens de mão-de-obra, onde o valor era representado pela multiplicação da quantidade total de horas e do valor unitário delas (em R\$), o tipo observado seguiu o do Edital (menor preço). Já nos itens de peças, em que o montante final é replicado pela estimativa de consumo com abate de desconto (em %), o tipo da licitação se assemelha – em muito – ao de maior oferta, sendo que o oferecimento de acréscimo no desconto, representava uma melhoria na vantajosidade da proposta.

Sem motivação plausível alguma, a Administração seguiu o procedimento dessa maneira, vedando, inclusive, que os lances fossem dados de maneira apartadas (rebaixamento de preço somente com base no aumento do desconto, por exemplo), mas ainda representando melhoria na proposta.

Assim, dada a total falta de base legal ou mesmo editalícia para tanto, a ausência de observação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, proteção à confiança e vinculação ao instrumento convocatório, se mostram razões suficientes para decretação da **nulidade** do procedimento de julgamento.

Violado o dever de motivação do ato administrativo, este se encontra eivado de invalidade quanto à formalização. Será uma nulidade ou uma anulabilidade conforme a importância da fundamentação para a permanência do ato e a estabilidade de seus efeitos no sistema do Direito Positivo. Em regra, os atos administrativos eivados de vício de motivação são convalidáveis, haja vista ele não atingir o conteúdo do ato administrativo. Especialmente, quando há vinculação quanto ao motivo, na qual se mostra viável expor posteriormente os pressupostos de fato e de direito que autorizaram ou impuseram a expedição do ato. A invalidade em apreço é corrigida por intermédio de outro ato administrativo, no qual

há a exteriorização formal do motivo. Entretanto, a ausência de motivação prejudicará decisivamente o ato administrativo, tornando-o nulo, nas seguintes situações. **Não há como se admitir que o ato administrativo decorrente de processo administrativo litigioso ou sancionador possa se apresentar desprovido de fundamentação, à luz das garantias do devido processo legal e da ampla defesa. Nessas circunstâncias, o ato deve ser considerado nulo e, portanto, insuscetível de convalidação.** Atos administrativos discricionários também devem ser considerados nulos quando a motivação exigida por lei for omitida, sob pena da ineficiência do controle de sua juridicidade. Convém registrar que a fundamentação do ato discricionário pode ser exigida posteriormente da Administração, mesmo quando a lei dispensá-la, em prestígio de direito difuso ou coletivo. Neste caso, a Administração deve comprovar, de modo eficiente a preexistência e a idoneidade do motivo do ato, assim como a ausência de desvio de poder.⁵ (grifo não original)

Logo, não existem motivos para que a licitação persista no mundo jurídico como válida, visto que as estipulações convocatórias (fixadas pela própria administração) foram absolutamente rechaçadas, tendo sido gerado amplo prejuízo aos princípios da ampla competitividade, igualdade e impessoalidade.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho (2015):

O princípio da moralidade exige que o administrador se pautar por conceitos éticos. O da impessoalidade indica que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica. **Sem dúvida, tais princípios guardam íntima relação entre si. No tema relativo aos princípios da Administração Pública, dissemos que se pessoas com idêntica situação são tratadas de modo diferente, e, portanto, não impessoal, a conduta administrativa estará sendo ao mesmo tempo imoral. Sendo assim, tanto estará violado um quanto o outro princípio.** O direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.

[...]

O princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental, e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que **o procedimento deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”.** Portanto, as linhas marcantes do princípio são de índole constitucional. A igualdade na licitação significa que todos os

⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Princípio da motivação no direito administrativo*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo>.

interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal. **É claro que a lei admite que o administrador, ao enunciar as regras do procedimento, defina alguns requisitos para a competição. A igualdade aqui, como bem anota IVAN RIGOLIN, é de expectativa, porque todos têm, em princípio, iguais expectativas de contratar com a Administração. Desse modo, a possibilidade efetiva de alijar licitantes do certame deve ocorrer após o instrumento de convocação, quando se verificar que não preenchem os requisitos aí demarcados.**⁶ (grifo não original)

Assim, pugna-se pela declaração de nulidade do julgamento do certame n. 033/2021, com o consequente retorno do certame à etapa de classificação das propostas e lances.

DOS PEDIDOS

Em face do exposto, requer a Vossa Senhoria:

a) a reconsideração da decisão exarada através da Ata da Sessão datada de 27 de abril do corrente ano, com a respectiva reclassificação de todas as propostas e aplicação dos corretos tipo e forma de julgamento da licitação, quais sejam o menor preço por lote;

b) a remessa dos autos processuais ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC), em caso de manutenção da decisão inicial, para as medidas cabíveis;

c) a juntada, aos autos processuais, da documentação comprobatória e instrutória apensa.

Termos em que, pede deferimento. | Blumenau, 30 de abril de 2020.



GUILHERME VARGAS

ADVOGADO

OAB/SC n. 43.493

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015, p. 248-249.