

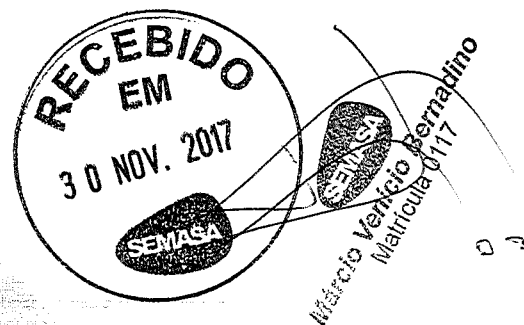


SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO SERVIÇO MUNICIPAL DE
ÁGUA, SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA DE ITAJAÍ,
SANTA CATARINA, MÁRCIO VENÍCIO BERNADINO.**

Pregão Presencial nº 33/2017



LEONARDO LUIZ DA COSTA ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 21.962.492/0001-76, com sede na Rua: Navegante, nº 276 – Praça – Tijucas/SC CEP: 88200-000, por seu procurador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, referente a habilitação da empresa MKI Climatização Ltda ME, no Pregão supracitado, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

I. DOS FATOS

A empresa Leonardo Luiz da Costa ME participou do Pregão Presencial n. 33/2017, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para a prestação dos serviços de assistência técnica, manutenção em caráter preventivo e corretivo, do sistema de ar condicionado das Sedes Administrativa e Operacional do SEMASA, Estação de Tratamento de Água, Captação do São Roque e Estação de Tratamento de Esgoto.

A empresa MKI Climatização Ltda ME foi declarada vencedora, apresentando o valor de R\$ 36.996,00. No entanto, referida empresa não deveria ser habilitada, pois descumpriu o requisito de qualificação econômico-financeira, previsto no item 7.3.5 do edital:

“7.3.5. A comprovação de boa situação financeira da empresa será baseada na obtenção dos índices descritos abaixo e do preenchimento do **MODELO (A)**”.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Veja-se que juntamente com a apresentação do balanço e demonstrações contábeis ela deveria apresentar comprovação de boa situação financeira que dependia da obtenção dos índices descritos no mesmo item.

Estes índices deveriam ser apresentados com o preenchimento do documento “Modelo (A)” previsto no edital, providência não cumprida pela empresa vencedora, não se tratando de uma opção ou livre escolha da empresa licitante, mas sim obrigatoriedade.

Analisando o modelo, verifica-se a necessidade de assinatura do contador da empresa, além do responsável legal, deixando claro que estes cálculos também não poderiam ser elaborados pelo pregoeiro no certame.

Deve-se atentar ao cumprimento dos princípios basilares de toda a licitação, dentre elas, a vinculação ao edital, que impede a Administração e os licitantes de se afastarem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados.

Além disto não pode a Administração aceitar que determinado licitante simplesmente por possuir o menor preço seja habilitado na licitação sem cumprir todos os requisitos do edital. É comum a Prefeitura de Itajaí, exigir certos documentos de algumas pessoas e para outras não?

Veja-se o magistério de Joel de Menezes Niebuhr em seu livro “Licitação Pública e Contrato Administrativo” de 2015:

Sem embargo, o julgamento objetivo agrega-se ao instrumento convocatório, pois os critérios do julgamento nele estão previstos. Nesse desígnio, o julgamento objetivo é aquele que se dá na estrita conformidade dos parâmetros prefixados no edital. Para tanto, o instrumento convocatório não pode prestigiar critérios subjetivos. Destarte, são vedadas disposições que permitam ao órgão administrativo levar em conta distinções pessoais que provenham de seus agentes. O princípio do julgamento objetivo está adstrito também ao princípio da impessoalidade, uma vez que a licitação se conforma ao interesse público. Dessa forma, também o é à isonomia, que, em dilatado aspecto, proíbe distinções relativas à esfera pessoal de quem quer que seja. Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld preleciona que “o julgamento objetivo obrigando a que a decisão seja feita a partir de pautas firmes e concretas, é princípio voltado à interdição do subjetivismo e do personalismo, que põem a perder o caráter igualitário do certame”. Na realidade, tanto o princípio do julgamento objetivo, quanto o princípio da vinculação ao instrumento convocatório se completam e ambos se encontram no princípio da isonomia, visto que constituem garantias formais





SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

dos particulares em relação à Administração Pública, fazendo com que o certame do início ao fim se deite sob os critérios claros e impessoais”.

Sendo assim é evidente que é necessária a competitividade na licitação, mas desde que as empresas concorrentes atendam por igual o instrumento convocatório, fato não ocorrido neste certame. Por todo o exposto, a empresa MKI Climatização Ltda ME deve ser desabilitada, por não atender às exigências editalícias.

II. DO DIREITO

a. DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípios são proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina. São os alicerces, os preceitos capitais de um determinado ramo da ciência do direito, surgindo como parâmetro para interpretação e aplicação das demais normas jurídicas. De forma geral, A Constituição Federal, em seu artigo 37, estabelece os princípios que norteiam os atos da Administração:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

A doutrina é unânime ao salientar que, embora o artigo 37 da Constituição Federal tenha feito alusão a apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, há vários outros princípios que merecem atenção:

Princípios da hierarquia, da auto-executoriedade, da continuidade, da presunção da verdade, da indisponibilidade, da especialidade, do poder-dever, da igualdade dos administrados, da tutela administrativa, da autotutela, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da razoabilidade, da proporcionalidade, da impessoalidade, da publicidade, do devido processo legal e da ampla defesa, do controle judicial dos atos administrativos, da responsabilidade do Estado por atos administrativos, da eficiência, da segurança jurídica, da continuidade, da igualdade, da proporcionalidade, da motivação e o da finalidade.





SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Com efeito, o Direito Administrativo rege-se essencialmente pelos seus princípios. Não há um "Código Administrativo". Da lição de Hely temos:

"(...)por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, p. 82.)

Uma vez que a Licitação e os Contratos Administrativos constituem atos regidos pelo Direito Administrativo, submetem-se logicamente aos princípios do Direito Administrativo. Porém há também princípios próprios que devem ser observados nesse campo do Direito Administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua e denota a importância dos princípios:

Princípio [...] é, por definição, 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 a 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. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 948-949).

A própria Lei de Licitações e Contratos – 8.666/93 em seu artigo 3º, identifica estes princípios:

"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



Av. Dom Pedro II, 329 - 1º andar, Sala 01
São Cristóvão - CEP 88509-216 - Lages/SC

ts.35917@oab-sc.org.br
bruna42633@oab-sc.org.br
www.sandieoliveira.adv.br

(49) 3706-1507 / (49) 3706-1508



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

Sem nos distanciar dos demais princípios do Direito Administrativo e da Lei das Licitações e Contratos, é essencial a compreensão da importância da observância desses princípios em especial: legalidade, moralidade e finalidade.

- **Princípio da Legalidade**

Princípio da legalidade é preceito constitucional essencial ao Estado de Direito. Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, o administrador público está completamente submetido à lei. "O Princípio da Legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a Lei determina".

Assim observa Hely Lopes Meirelles:

"A Legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso." (Meirelles, p. 82)

Conclui-se que o princípio da legalidade impõe que a administração atue nos estritos termos da lei, não concebendo outra forma de ação senão aquela que, na sua totalidade, se traduza na concretização da vontade legal.

- **Princípio da Moralidade**

O princípio da moralidade significa que "a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade dos princípios éticos".

Na obra de Lúcia Valle Figueiredo, encontramos a lição de Hariou que, referindo-se à moralidade administrativa, nos ensina que:

"(...) sua existência provém de tudo que, possuindo uma conduta, pratica, forçosamente, a distinção do bem e do mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo que aquela do justo e injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonrável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é freqüentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso do poder, graças à qual são anulados muitos atos da





SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder". (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 89.)

Também encontramos a lição de Hariou na obra de Hely Lopes Meirelles: "A moral comum, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum".

Lúcia Valle Figueiredo, no seu livro nos traz a lição de Welter:

"A moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal; mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa". (Meirelles, p. 84)

O Princípio da Moralidade administrativa obriga o administrador público a observar não apenas a lei que condiciona sua atuação, mas também outras regras éticas, extraídas do sistema normativo. Acha-se protegido no artigo 5º, LXXIII, que prevê o cabimento de ação popular para anulação de "... ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente[...]" (Mello, p. 75)

Tem-se que a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.

- **Princípio da Finalidade**

O princípio da finalidade é inseparável do princípio da legalidade, pois corresponde à aplicação da lei com o objetivo em vista do qual foi editada. Por isso pode-se dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei, e sim, desvirtuá-la. Isso chama-se desvio de poder ou desvio de finalidade. Os atos praticados com esta mácula são nulos.



Av. Dom Pedro II, 829 - 1º andar, Sala 01
São Carlos - SP - CEP 88509-216 - Lages/SC

ts.35917@oab-sc.org.br
bruna42633@oab-sc.org.br
www.sandieoliveira.adv.br

(49) 3706-1507 / (49) 3706-1508



SANDI & OLIVEIRA
ADVOGADOS

Dentre os doutrinadores, há unanimidade quanto à definição do princípio da finalidade como sendo o princípio que impõe à Administração a prática de atos, visando sempre o interesse público.

Portanto, não pode a Administração preocupar-se com o atendimento de interesses privados, o que o Gasparini chama de "desvio genérico". O "desvio específico" ocorre quando se utiliza um instrumental jurídico com o fim específico, para se atingir outro fim diverso daquele. Exemplifica o doutrinador: utiliza-se da emissão de Carteira de Identidade, que existe para dar segurança, objetivando outro fim, qual seja, o aumento de arrecadação. O ato manchado pelo desvio de poder é nulo.

Já a lição de Hely apresenta o princípio da finalidade como sinônimo do princípio da impessoalidade. Para o doutrinador:

"(...) o princípio da finalidade impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal". (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, p. 85.)

O administrador, ao praticar um ato administrativo, pelo princípio da finalidade, está obrigado a sempre perseguir o interesse público. Assim, podemos concluir que os princípios do direito administrativo não podem ser considerados de forma estanque. Na verdade, eles se permeiam. Portanto o ato administrativo deverá atender a todos estes princípios. Não basta que o ato seja legal.

Se o administrador, acobertado pelo princípio da legalidade, praticar um ato não observando a moralidade, dentre outros princípios, esse ato estará viciado. No caso em apreço, fica evidente que a conduta moral, legal e conforme com a finalidade da Administração é desclassificar a empresa atualmente vencedora por descumprimento dos requisitos do edital.

b. DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

A Administração, ao habilitar empresa que não cumpre as exigências do edital, incorre em verdadeira afronta às premissas determinadas no edital e, conseqüentemente, ao princípio da vinculação ao edital. Veja-se:



Av. D. Pedro II, 829 - 1º andar, Sala 01
São José - CEP 88509-216 - Lages/SC

ts.35917@oab-sc.org.br
bruna42633@oab-sc.org.br
www.sandieoliveira.adv.br

(49) 3706-1507 / (49) 3706-1508



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

“Vinculação ao edital: a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41).” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 256-257)

Nesse sentido, é o art. 3º da Lei nº 8.666/93 que prevê:

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.

Além disso, o art. 41 do mesmo diploma legal dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

A vinculação ao edital é, como visto, um dos princípios basilares de toda e qualquer licitação e que dá origem a outro princípio correlato, o da inalterabilidade do instrumento convocatório. A Administração e as empresas licitantes ficam restritas ao que lhes é solicitado ou permitido no Edital, quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Todos os atos decorrentes do procedimento licitatório, por óbvio, vincular-se-ão ao contrato.

A inobservância do que está previsto no edital caracteriza a nulidade do ato. Veja-se da jurisprudência:

"O princípio da vinculação ao edital, previsto no artigo 41, caput da Lei 8.666 /93, impede que a Administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados." (MS 2000.01.00.048679-4/MA, Rel. Desembargadora Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA, Terceira Seção, DJ de 10/11/2004, p.03)

O Edital se assemelha ao um contrato de adesão, haja vista suas cláusulas serem formuladas unilateralmente pela administração e aceitas sem discussão pelos licitantes. A natureza do Edital é de Ato Administrativo integrado por cinco elementos: sujeito, objeto, forma, motivo e fim, de acordo com a Lei de





SANDI & OLIVEIRA
ADVOGADOS

licitações 8.666/93, artigo 4º, parágrafo único. Estes elementos anatômicos devem ser perfeitos sob pena da invalidação da licitação.

Logo, conforme restou demonstrado as empresas participantes, bem como a Administração estão vinculadas ao ato convocatório assim sendo, todas as suas cláusulas deverão ser observadas.

III. DO ACESSO À INFORMAÇÃO

Em vários julgamentos de recursos administrativos, mesmo com clara razão da recorrente como o do presente caso, estes são indeferidos à margem da Lei. Desta forma, é comum a empresa já se preparar para demanda judicial no curso do próprio processo administrativo, visto a pequena chance de sucesso.

Desta forma, visando balizar futura ação judicial, e com base na Lei de Acesso à informação art. 10 (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.), requer-se que sejam informados todos os pregões em que as empresas que foram desclassificadas em 2017 devido a ausência de algum dos documentos de habilitação, além do envio das respectivas atas de sessão pública.

Esta resposta deve ser enviada no prazo de 20 dias, conforme previsão da lei. Ressaltado que no caso de acolhimento deste recurso, com a desclassificação da atual vencedora a empresa dispensa a apresentação destes documentos.

IV. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS



Av. Dom Pedro II, 829 - 1º andar, Sala 01
São Cristóvão - CEP 88509-216 - Lages/SC

ts.35917@oab-sc.org.br
bruna42633@oab-sc.org.br
www.sandieoliveira.adv.br

(49) 3706-1507 / (49) 3706-1508



SANDI & OLIVEIRA
ADVOGADOS

Diante das sólidas razões supra, requer que se digne Vossa Senhoria em conhecer o recurso, para que ao final seja dado o devido provimento para que a empresa MKI Climatização Ltda ME seja desabilitada.

Nestes termos, pede deferimento.

Itajaí/SC, 29 de novembro de 2017.

Tiago Sandi
Advogado OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
Advogada OAB/SC 42.633

LEONARDO LUIZ DA COSTA ME





SANDI & OLIVEIRA
ADVOGADOS

PROCURAÇÃO

OUTORGANTE: LEONARDO LUIZ DA COSTA ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 21.962.492/0001-76, com sede na Rua: Navegante, nº 276 – Praça – Tijucas/SC CEP: 88200-000

OUTORGADOS: TIAGO SANDI, advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Santa Catarina, pelo nº 35.917, endereço eletrônico ts.35917@oab-sc.org.br, e **BRUNA OLIVEIRA**, advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Santa Catarina, pelo nº 42.633, endereço eletrônico bruna42633@oab-sc.org.br, ambos com endereço profissional situado junto a Av. Dom Pedro II, 829, 1º andar, São Cristóvão, CEP 88509-216, em Lages/SC.

PODERES: pelo presente instrumento a outorgante confere aos outorgados amplos poderes para o foro em geral, com cláusula “ad-judicia et extra”, em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, podendo propor contra quem de direito, as ações competentes e defendê-lo nas contrárias, seguindo umas e outras, até o final da decisão, usando os recursos legais e acompanhando-os, conferindo-lhe ainda, poderes especiais para receber citação inicial, confessar e conhecer a procedência do pedido, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, transigir, firmar compromissos ou acordos, receber e dar quitação, podendo agir em Juízo ou fora dele, assim como substabelecer esta a outrem, com ou sem reserva de iguais poderes, para agir em conjunto ou separadamente com o substabelecido.

Itajaí (SC), 29 de novembro de 2017.

Leonardo Luiz da Costa Me

LEONARDO LUIZ DA COSTA ME

