

## Pregão/Concorrência Eletrônica

### ■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### RECURSO :

Ao Ilustríssimo Senhor Diretor Presidente da Companhia de Saneamento Municipal - CESAMA

Ref: Pregão Eletrônico nº 043/2022

TIM S.A. (doravante "TIM" ou "Recorrente"), sociedade anônima com sede na Avenida João Cabral de Mello Neto, nº 850, Bloco 001, salas 501 a 1208, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 22.775-057, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.421.421/0001-11, por seu procurador, com fulcro no subitem 10 do Edital relacionado ao Pregão Eletrônico nº 043/2022, bem como no Regulamento de Licitações e Contratos da CESAMA e na Lei nº 13/303/2016 à presença de Vossa Excelência, a fim de interpor

#### RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face à equivocada decisão dessa digna Administração de classificação e habilitação da empresa Grupo Federal Ltda ME no certame em epígrafe considerando a sua inadequação às condições de qualificação técnica envolvidas no presente procedimento licitatório, apresentando no articulado as razões de sua irrisignação.

#### I. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, comprova-se a tempestividade das presentes razões recursais, considerando que a manifestação da intenção foi apresentada pela TIM no dia 29 de setembro de 2022, devidamente admitida pela Administração no mesmo dia.

Desta forma, o prazo de 3 (três) dias, conforme previsto no item 10 do instrumento convocatório, a contar da admissão do recurso para apresentação das razões, se encerra em 04 de outubro de 2022.

#### II. DOS FATOS

Trata-se de Pregão Eletrônico nº 043/2022 promovido pela Companhia de Saneamento Municipal - CESAMA, para "Contratação de uma empresa fornecedora de solução para tráfego de dados M2M especial (Máquina a Máquina), utilizando-se das tecnologias General Packet Radio Service - GPRS, EDGE, 3G, LTE ou superior, e o fornecimento, de SIM cards associados a plano pós-pagos de serviços, respeitando as determinações da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) com fornecimento de APN (Access Point Name) dedicada e privada, a sua conectividade com os sistemas e dados da CESAMA e sistema de gestão da planta de SIM cards ativos".

Diante da disposição do Termo de Referência correspondente à presente licitação, a PRF ramificou as unidades/localidades para atendimento das localidades em 29 (vinte e nove) grupos, de modo a viabilizar a máxima participação das empresas do setor, fomentando, portanto, a competitividade e a economicidade da licitação em apreço.

No dia 26 de setembro de 2022, foi aberta a sessão pública pelo Pregoeiro Oficial e respectivos membros da equipe, designados pelo instrumento convocatório, para realizar os procedimentos relativos ao Pregão Eletrônico nº 043/2022, por meio do sistema eletrônico designado no instrumento convocatório correlato.

Na sessão, se fizeram presentes as empresas TIM S/A, DATATEM Soluções Ltda e Grupo Federal Ltda ME.

Ato contínuo, após decorrida a etapa de lances, a TIM foi selecionada com a melhor proposta à contratação, de R\$ 228.500,00 (duzentos e vinte e oito mil e quinhentos reais) no entanto, o Grupo Federal Ltda ME, com o direito de desempate, ofertou o lance de R\$ 228.499,00 (duzentos e vinte e oito mil e quatrocentos e noventa e nove reais), portanto, logrando êxito no bid.

Após a devida checagem da documentação de habilitação do Grupo Federal Ltda, conferiu-se que não consta no escopo do seu Contrato Social a prestação de Serviço Móvel Pessoal, objeto da presente contratação.

Ora, é factível que o Serviço Móvel Pessoal é um serviço regulado pela agência ANATEL, e para a atuação as empresas decorrem de criterioso processo de autorização de outorgas, sendo inviável a prestação dos serviços de telecomunicações por empresa que não as detenha.

Outrossim, é possível notar flagrante inadequação do Grupo Federal Ltda ao presente certame pelas disposições do Edital, incluindo ao item 6.1.1 'b', que dispõe que, para habilitação jurídica, a Licitante deverá acostar ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, compatível com o objeto a ser licitado, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais sendo que, no caso de sociedades por ações, deverá se fazer acompanhar da ata de eleição de seus administradores. Ou seja, pela simples leitura do Contrato Social do Grupo Federal Ltda, é possível confirmar que sua atuação não é compatível com a prestação do serviço licitado, qual seja, o serviço de dados M2M que é originário do Serviço Móvel Pessoal.

No mesmo sentido, é possível conferir que pela descrição da atividade econômica do CNPJ do Grupo Federal Ltda na Receita Federal, observa-se que tem como atuação comércio varejista de equipamentos de informática e como secundárias diversas atividades que se desviam do objeto ora licitado.

Desta também, diante do vulto desta contratação, a condição de ser uma Microempresa que, embora possua

diversas atividades, não apresenta a qualificação habilitatória financeira e técnica pertinente que confira a sua adequação à prestação de Serviço Móvel Pessoal.

Outrossim, cabe destacar que a CESAMA estabelece como obrigação da empresa contratada o seu regimento às regras do setor, estabelecidas pela ANATEL, como cita o item 6.1.1 da Minuta do Contrato. Vejamos:

"6.1. São obrigações da CONTRATADA:

6.1.1 A CONTRATADA deverá executar a prestação dos serviços obedecendo às disposições legais e regulamentos pertinentes à área de telecomunicações, de acordo com as normas estabelecidas pela Agência Nacional de telecomunicações – ANATEL, bem como às recomendações e parâmetros aceitos pela boa técnica."

Outro fator incoerente com a proposta do Grupo Federal Ltda envolve a flagrante ofensa ao princípio da economicidade, uma vez que se nota claramente o sobrepreço envolvido.

Ora, de acordo com o Edital, o objetivo da licitação é assegurar a seleção da proposta mais vantajosa e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impensoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

No contexto, é válido ponderar que o mercado atual de SMP, especialmente para o serviço licitado, envolve patamares econômicos e financeiros muito inferiores ao ofertado pelo Grupo Federal Ltda, causando claro prejuízo ao erário por haver notório sobrepreço. Para a devida conferência da má contratação no presente certame, é possível que a CESAMA efetue atualizada pesquisa de mercado, assim como confira o seu atual contrato do mesmo objeto.

Oportunamente, cabe ponderar, que a TIM S.A. é uma empresa de alta relevância no mercado de telecomunicações, atuante em contratações públicas de grande vulto, com adequada competência técnica de cumprimento do objeto licitado no presente certame.

Outrossim é oportuno frisar que a Recorrente atua comumente nas licitações públicas nas modalidades de telefonia móvel da voz e de dados em todo território nacional, em conformidade com a descrição do Termo de Autorização da Agência Nacional de Telecomunicações.

Ademais, é factível que a TIM ao declarar seu atendimento aos critérios editalícios assegura o fidedigno cumprimento das obrigações vinculadas, sendo certa a ratificação de sua aderência às condições editalícias correlatas ao presente certame.

Nesse contexto, é inequívoco que a TIM está completamente adequada aos ditames editalícios, principal e inclusivamente no que pese às exigências técnicas exigidas pela CESAMA.

É factível ainda que não cabe a Administração adotar medidas de preferências por particulares específicos, sendo inequívoco o ser dever de legalidade observando inclusive os ditames editalícios que norteiam o processo licitatório.

O ilustre professor e magistrado Hely Lopes Meirelles, em sua célebre obra Direito Administrativo Brasileiro, explica com toda a clareza que:

"Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração 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. As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrevogáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e cumprir os deveres que a lei lhes impõe." (grifos nossos)

Nesta mesma esteira, ensina-nos o Exmo. Desembargador e doutrinador fluminense Jessé Torres Pereira Júnior sobre Vinculação ao Instrumento Convocatório, afirmando peremptoriamente que o edital é a lei interna da licitação e como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a administração que o expediu, senão vejamos:

"(ii) O Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório faz do Edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se à observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições."

É oportuno, ainda, trazer à colação outras valiosas doutrinas administrativistas que demonstram, igualmente, a necessidade de obediência aos ditames do Edital:

"Sendo o edital a lei da licitação, onde se expressa o desejo da Administração em relação aos proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; no edital estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto julgá-las e estrita conformidade com tais condições.

É no edital que vai se buscar o julgamento objetivo, isto é, impessoal e criterioso, isento de qualquer subjetivismo; um dos princípios da licitação é propiciar a igualdade nas oportunidades de contratar com o Poder Público, o que significa não só o conhecimento prévio e completo do desejo da Administração e das condições de participação no Certame, como também os limites em que os participantes devem situar essas ofertas e o respeito a esses limites por parte da Administração, a qual não pode, na lição sempre atualizada de Hely Lopes Meirelles, levar em conta vantagens ou desvantagens não previstas" (Marcos Juruena Villela Souto)

E mais, "O edital vincula a Administração e o administrado. Desse modo, a Administração tem de seguir à risca o estabelecido no edital ("suporta as regras que editaste"), o que significa que o poder público não pode alterar "as regras do jogo" durante as sucessivas fases do procedimento prévio seletivo". (José Cretella Júnior)

"(iii) Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento... Quando a Administração estabelece, no edital ou em uma carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos." (Maria Sylvia Zanella Di Pietro)

No mesmo sentido trazemos o ensinamento do mestre Marçal Justen Filho: "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 a legalidade, a moralidade e a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 13ª Edição, Editora Dialética, São Paulo, 2009 - Pág. 543)".

Importante ainda mencionar que estamos tratando de uma licitação de grande vulto, que merece uma atenção redobrada por parte da Administração na apreciação e condução do certame licitatório. Afinal, em virtude do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, a Administração não tem "faculdade" para agir, tem, na realidade, o dever jurídico de atingir a finalidade normativa pré-determinada em virtude da legalidade a que está estreitamente atrelada. Em consequência, os licitantes têm direito a exigir que a Administração a licitante cuja proposta não esteja atinente ao Edital desclassificada.

Pois bem, é manifesto que a decisão da Administração para esse ato incontestavelmente irregular deve ser revisada, cabendo a continuidade do certame com a inabilitação do Grupo Federal Ltda, em virtude de sua não adequação aos critérios editalícios, em obediência ao princípio da legalidade.

A infringência à legalidade pela Administração é ostensiva, e fere gravemente todas as demais licitantes participantes do certame que, de forma respeitável, atenderam a todos os critérios estabelecidos no instrumento de convocação da licitação nos demais grupos.

É surpreendente à TIM que a presente licitação seja mantida com tamanha imperfeição.

Diante das evidências, considerando que a r. Comissão não observou a integridade de seus atos, contradizendo aos ditames legais e editalícios, viciando toda a decorrência dos atos administrativos firmados na sessão pública ocorrida, restando corrompida, desta forma a legalidade do procedimento licitatório restou contaminada, por isto, esta Recorrente se manifesta fundamentadamente apresentando as infringências legais causadas pela decisão de habilitação do Grupo Federal Ltda, pugnano pela revisão da decisão corrompida.

Mister ressaltar que a licitação na modalidade pregão caracteriza-se pelo objetivo de imprimir celeridade e eficiência nas contratações públicas, por meio da simplificação das regras procedimentais, condicionada aos princípios basilares da Administração Pública, quais sejam, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibição administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas.

As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Contudo, é imperioso salientar que a tanto a Administração quanto os particulares têm o dever de observar as regras inerentes às contratações de modo que o procedimento licitatório esteja compliant com a legalidade, com os princípios norteadores da Administração Pública, bem como com o entendimento pacífico das Cortes de Contas.

Diante dos fatos ocorridos, é oportuno destacar que os atos administrativos firmados no certame são insustentáveis, uma vez que houve equivocada decisão de habilitação do Grupo Federal Ltda.

Caso a Comissão mantenha sua decisão, mesmo após evidenciadas diversas falhas no andamento da licitação, não há dúvidas que será mantido ato viciado de erro e ilegalidade, podendo, inclusive, ser facilmente apurado pelo Tribunal de Contas da União para a sua contaminação frente às regras legais vigentes.

O administrador público no ato de sua função deve pautar-se nas regras legais que lhe compete, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.

Na mesma esteira, é oportuno considerar que os atos viciados no presente certame violaram flagrantemente o princípio da razoabilidade, uma vez que não se fundamenta, nem sequer se explica. O princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Assim, o douto Procurador de Justiça José dos Santos Carvalho Filho (in Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2017, p.42) propugna: "Alguns estudiosos indicam que 'a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas' (LUCIA VALLE FIGUEIREDO). (...) Por outro lado, quando a falta de razoabilidade se calca em situação na qual o administrador tenha em mira algum interesse particular, violado estará sendo o princípio da moralidade ou o da impessoalidade."

Por seu turno, o emérito Prof. Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009, p.109) aduz: "Realmente, na perquirição da razoabilidade, não se trata de

compatibilizar causa e efeito, estabelecendo uma relação racional, mas de compatibilizar interesses e razões, o que vem a ser o estabelecimento de uma relação razoável." Este eminente jurista obtempera com extrema percuciência (op.cit.,p.110): "À luz do princípio da razoabilidade, de caráter substantivo, o Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure em ato puramente técnico, neutro e mecânico, não se esgota no racional e nem prescinde de valorações e de estimativas, pois a aplicação da se realiza por atos humanos, interessados na justiça e na imposição concreta de seus valores, nela estabelecidos em abstrato."

No mesmo sentido, o célebre Procurador do Município e Prof. Dr. Rafael Carvalho Oliveira Resende (in Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: GEN/Forense, 2019, p.46) aborda a questão do ponto de vista da aplicação do princípio como parâmetro de legalidade pelo Judiciário: "O princípio da razoabilidade vem sendo utilizado como forma de valoração pelo Judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais."

Ora, é óbvio e notório que a manutenção dos atos decorridos da licitação viciada não tem razão que se fundamente, sendo absolutamente indispensável que este seja revisto pela autoridade superior, com a devida revisão destes atos, bem como do demais atos derivados do vício praticado, com a devida anulação da licitação.

Em paralelo, é válido citar que a Constituição Federal de 1988, sedimentou em seu texto, de forma inédita, a moralidade jurídico-administrativa, assim erigida a patamar de um importante princípio reitor da Administração Pública. Pelo teor de abstração do princípio, é necessário haver uma integração com o princípio da razoabilidade para aferir se determinada conduta atende ao princípio da moralidade. A conduta do Administrador que foge à razoabilidade vai desaguar na ofensa à moralidade, por existir um sistema de integrado entre ambos os princípios.

Sobre o tema, é imperioso citar o entendimento de Dirley da Cunha Junior (in Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.916): "A Administração Pública submete-se a sujeições ou restrições, decorrentes da necessidade de proteção dos direitos dos administrados, que limitam sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração."

Na mesma esteira, Rafael Carvalho Oliveira Rezende (in Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: GEN/Forense, 2019, p.41) traz a seguinte definição: "O princípio da moralidade, inserido no art. 37 da CRFB, exige que a atuação administrativa seja ética, leal e séria. Neste sentido, o art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei 9.784/99, mormente nos processos administrativos, a 'atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé'."

É evidente, neste contexto, que a má condução dos atos administrativos implica flagrantemente na eficiência administrativa, assim como viola os princípios da moralidade e razoabilidade, podendo ainda configurar desvio de poder.

No que pese o afastamento da TIM do certame por consequência de atos ilegais, infundados e injustificados deixa latente que o Administrador Público deve se pautar pela proporcionalidade atendendo o trinômio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

O ato da Comissão que afastou a TIM do certame claramente infringiu o caráter competitivo da licitação, violou o princípio da isonomia.

Assim, não pode a Comissão promover atos ilegais, desproporcionais e infundados.

É óbvio que ao tratar de questão inerente à discricionariedade detida pela Administração Pública quando da adoção dos regramentos regedores do processo concorrencial, trazemos à análise dessa respeitável Comissão Especial de Licitação a inatacável lição abaixo transcrita:

"É na determinação do conteúdo jurídico da isonomia, no dia-a-dia das licitações e contratações públicas, que surgirão as questões que o art. 3º ajudará a resolver. Ilustre-se com a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também explicitado no art. 3º. Suponha-se que edital de licitação venha a estabelecer requisito que se revele discriminatório, de molde a impossibilitar a participação no certame da empresa que o desatenda, inobstante tal requisito não se mostrar essencial, seja para habilitar-se o licitante ou para a testar a exequibilidade de sua proposta. Em outras palavras, entre o requisito do edital e as finalidades da licitação a que se refere não se vê nexos causal. Resulta claro que a presença do discrimen no ato convocatório almeja afastar da competição certa, ou certas, empresa, beneficiando outra, ou outras. Nessas circunstâncias, o edital há de ser desconsiderado quanto àquele requisito, porque o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não derroga o da isonomia, devendo, antes, a ele subordinar-se."

"Posta nestes devidos termos, a isonomia prescindiria de menção expressa para impor-se às licitações e contratações públicas. Mas andou bem o legislador ao incluí-la em disposição enunciativa dos princípios básicos da licitação, como que a advertir administradores e licitantes de que aqueles princípios há de ser aplicados em harmonia com o da igualdade."

Prossegue o art. 3º da Lei nº 8.666/93 definindo a finalidade de toda licitação. A definição é de caráter geral porque concerne a elemento estrutural do ato administrativo, qual seja a finalidade. A síntese de Maria Sylvia Zanella Di Pietro é precisa e suficiente:

"Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública. Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei; nesse sentido se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa... Seja infringida a finalidade legal do

ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder”.

Mister elucidar que os princípios de direito não servem apenas para distinguir os ramos do direito em público e privado, mas são ferramentas das mais importantes para a solução de conflitos.

Como se vê, os princípios de direito fazem parte do ordenamento jurídico, isto é, do conjunto de normas e regras que vigem no sistema brasileiro, e devem ser utilizados para a aplicação do direito na solução de casos concretos.

Nesse sentido, é a lição de Jesús Gonzáles Pérez citado por Sundfeld:

“[...] os princípios jurídicos (...) têm em si valor normativo; constituem a própria realidade jurídica. Em relação à ciência do direito, constituem seu objeto. Existem independentemente de sua formulação; são aplicáveis ainda que a ciência os desconheça. A missão da ciência com relação aos mesmos não é outra senão a de sua apreensão. E a ciência será mais ou menos perfeita, segundo logre ou não sua determinação. Porque se o ordenamento jurídico constitui o objeto da ciência do direito positivo, esse conhecimento não será completo enquanto não se alcance a determinação dos princípios que o informam.” (cf. PÉREZ, Jesús Gonzáles. apud SUDFELD, Carlos Ari. Elementos de Direito Público. p. 146)

Vale frisar que o entendimento do Tribunal de Contas da União corrobora quando defende que a Administração organizadora do certame deve promover diligência junto ao interessado para sanar eventuais inconsistências.

Ora, a própria Lei de Licitações indica como orientação para o procedimento licitatório a faculdade de, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo. Destaca-se: “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 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.”

O procedimento licitatório é vinculado às prescrições legais que o regem, em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei em sentido estrito mas, também, do regulamento, do edital, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere.

Ainda, é preciso que se visualize o procedimento licitatório não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para se concretizar o direito material, prestigiando-se o interesse público. É a ideia da instrumentalidade do procedimento, que também é de ser aplicada.

Ora, as irregularidades trazidas à baila não retratam mero equívoco. Trata-se de inadequações graves ao que é claramente exigido no Instrumento Convocatório. E se não forem respeitadas as condições editalícias e seu julgamento não apurar a real aceitabilidade da proposta e da documentação do Grupo Federal Ltda, o pregão incorrerá em ilegalidade.

Caso a Administração atue em desconformidade com o que ela mesma determinou em seu Edital, abrirá precedente para a sua própria inobservância e irá ferir princípios legais e constitucionais que regem seus atos. Formalizará, portanto, ato caracterizado por discricionariedade subjetiva – que nada mais é que ilegal arbitrariedade – nas decisões relativas aos processos licitatórios, o que é inaceitável, em especial em se tratando de contratações regidas por lei e pelo interesse público.

Obviamente, se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las, é dever desta em afastar qualquer inobservância ou ilegalidade, desvinculando inclusive a sua aprovação para o ato irregular.

Isto posto, observado o vício ocorrido no pregão eletrônico, cabe à Administração reavaliar seu ato.

Com o merecido respeito, não há interesse verdadeiramente público em se praticar, na sessão de pregão, ato distinto e frontalmente oposto ao constante do Edital. O interesse público prima pela aplicação da lei e Estado de Direito, e nesse sentido o procedimento licitatório deve ser desenvolvido regularmente, com estrita observância das normas legais aplicáveis, sob risco de acarretar evidente descrédito por parte de seus interessados: os cidadãos.

O interesse público está, sim, em fazer valer o direito subjetivo de que o licitante dispõe, ao vencer certame absolutamente regular e no qual foi assegurada a igualdade entre os concorrentes.

Conforme destaca Celso Antônio Bandeira De Mello:

“ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da Lei... Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”.

E para ilustrar a importância do Princípio da Isonomia, transcrevemos ensinamento do ilustre jurista Jessé Torres Pereira Júnior (“Licitações de Informática”, Renovar, 2000, pág. 30):

“(i) O Princípio da Igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;

Com base em preceitos legais, veja-se, a respeito do princípio da igualdade, o disposto no parágrafo 1º, do artigo

44, da Lei 8.666/93, e que se aplica subsidiariamente ao Pregão, e estabelece vedação à utilização de qualquer "elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes".

Ainda, quanto ao princípio da isonomia, menciona Joel de Menezes Niebuhr (in "Princípio da isonomia na licitação pública". Florianópolis: Obra jurídica,2000) que:

"Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade. É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública. A competitividade tem o condão de juntar a isonomia e a eficiência. Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência.

O princípio da competitividade significa exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhe serão encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.

(...)

Para Carlos Ari Sunfeld, a competição, tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a Administração esteja obrigada a ensiná-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhes limites, barreiras ou dificuldades desarrazoadas. O caráter competitivo é da essência da licitação."

. Considerando-se os dispositivos legais, princípios constitucionais e entendimentos doutrinários sobre a matéria, não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes ou os desnivalem no julgamento.

A aplicação da norma supra encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial. Os pretórios pátrios, através de suas decisões, asseguram sempre o caráter competitivo das licitações. É o que se depreende do julgado que segue:

"Administrativo. Licitação. Princípios. Cláusulas editalícias excessivas e ilegais. Em razão da vinculação aos critérios objetivos de admissão dos participantes aos certames licitatórios, é vedado à Administração Pública estabelecer, nos editais ou em quaisquer outros instrumentos administrativos, cláusulas que, de uma forma ou de outra, resultem em discriminações, preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes." (Ac. un da 3ª T do TJDF – REO 1999.01.1.082162-3 – Rel. Des. Vasquez Cruxên – j. 05.03.01 – Remte. Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública; Partes: Epasa Engenharia, Pavimentação e Saneamento Ltda. e Presidente da Comissão Julgadora do DER-DF – DJU 02.05.01)

Do voto do relator, nos autos do processo supra referido, oportuno transcrever a seguinte lição doutrinária:

"(...) o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello bem elucida a questão, quando afirma: "O princípio da impessoalidade encarece a proscricção de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração. O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensinar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia."

Frise-se que o princípio da isonomia visa também garantir a ampla concorrência, garantindo-se assim oportunidade de tratamento igualitário aos iguais e participação de iguais em igualdade de condições nos processos licitatórios, a fim de que, iguadas as condições de participação, possa haver ampla competição para a melhor contratação pela Administração Pública.

Decorre daí a certeza, portanto, de que feridos os princípios e dispositivos legais, estará a Administração contratando mal, eivada que estará de ilegalidade em seu ato, sujeito a anulação.

Tendo em vista todos os argumentos trazidos à baila pela Recorrente, a Administração não pode de continuidade ao seu ato infundado de classificação e habilitação de empresa não competente e não aderente aos critérios envolvidos no presente certame, em flagrante ofensa à legislação, de forma imperativa e sem qualquer razão.

Diante de todo o acima exposto, é latente a violação da Comissão neste processo licitatório, principalmente na condução de seus atos infundadamente, sendo certo que a decisão deste r. Pregoeiro está eivada vícios, sendo necessária sua imediata revisão.

#### IV. DOS PEDIDOS

De sorte que, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito para que reavaliada a decisão em apreço, cuja Administração declarou o Grupo Federal Ltda classificado e habilitado no presente certame, com a devida convocação da TIM S/A, segunda colocada habilitada aos critérios editalícios, para apresentação da documentação de habilitação.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada de isso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior.

Nestes Termos

P. Deferimento

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2022.

---

Juliano Pereira Dos Santos  
TIM S.A.

**Fechar**