

Sr. Pregoeiro da Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque,

**Processo Licitatório nº 000010/17
Pregão Presencial nº 8/2017
Processo Administrativo nº 070/2017**

TELEFONICA DATA S/A, inscrita no CNPJ sob o nº 04.027.547/0036-61, sediada na Avenida Tamboré, 341 - Parte, CEP 06460-000, Alphaville, Barueri/SP, vem, por seus representantes que abaixo subscrevem, com fundamento no inciso XVIII do artigo 4º, da Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, bem como no item 11.1 do edital do Pregão Presencial em epígrafe, apresentar

Razões de Recurso

em face dos atos que a inabilitaram no pregão em referência, conforme os seguintes fundamentos:

I - TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, comprova-se a tempestividade das presentes razões, considerando que a Telefônica registrou intenção de recorrer na sessão do dia 30/11/2017. Sendo assim, o prazo de 03 (três) dias previsto no inciso XVIII do artigo 4º da Lei 10.520/2002 encerra-se em 04/12/2017.



II – AUSÊNCIA DE ATO FORMAL DE INABILITAÇÃO. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO RECORRIDO.

A ata do pregão não registra a inabilitação da Telefônica Data ou os seus fundamentos de fato e de direito. Limita-se a indicar o item 3 (Lote III), no qual somente a ora recorrente se classificou para a fase de lances, como “fracassado”.

O item “HABILITAÇÃO” da ata não registra os fatos relativos à fase de habilitação do Lote III, levando a crer que o pregão teria fracassado na fase de lances e classificação da proposta, o que não condiz com a realidade (sendo que a mesma ata registra que a fase de lances foi finalizada com um valor negociado com a licitante).

Tem-se, então, que a ora recorrente foi afastada do certame, mas o ato decisório não foi formalizado na ata do pregão, embora esta tenha justamente esta finalidade, viabilizando o exercício pleno das garantias da ampla defesa e do contraditório e, evidentemente, a autotutela administrativa ou controle externo de legalidade do processo.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio da motivação nos seguintes termos:

32. (IV) Princípio da motivação, isto é, o da obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto. Ainda aqui se protegem os interesses do administrado, seja por convencê-lo do acerto da providência tomada - o que é o mais rudimentar dever de uma Administração democrática -, seja por deixar estampadas as razões do decidido, ensejando sua revisão judicial, se inconvincentes, desarrazoadas ou injurídicas. Aliás, confrontada com a obrigação de motivar corretamente, a Administração terá de coibir-se em adotar providências (que de outra sorte poderia tomar) incapazes de serem devidamente justificadas, justamente por não coincidirem com o interesse público que está obrigada a buscar¹.

Com efeito, a motivação do ato decisório deve se dar na forma escrita, indicando-se os fatos e fundamentos jurídicos, com a finalidade de se

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 493



permitir a ampla defesa e o controle do ato administrativo (e não apenas por meio oral).

Tal situação pode ensejar a anulação dos atos do pregão relativos ao Lote III, em sede de controle administrativo ou judicial de legalidade, especialmente se, por eventualidade, as razões fáticas e jurídicas pelas quais a recorrente acredita ter sido inabilitada estiverem equivocadas. Em outros termos, a Administração não poderá se servir da omissão de motivos para o afastamento da licitante na ata do pregão para não dar provimento ao presente recurso, sob o argumento de que os motivos teriam sido outros.

Nessa hipótese, far-se-á necessária, no mínimo, a devolução do prazo recursal, com a indicação precisa dos fundamentos a serem contraditados.

III - RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

Tem-se um relato dos motivos apenas por meio do registro da intenção de recurso, mas não se conhecem formalmente as razões que levaram o Sr. Pregoeiro a tomar a decisão de inabilitar a recorrente. Conforme a ata:

1º-O Sr. Toni Angelo de Aguiar, representante da empresa Telefonica Data S.A., em relação ao Lote III - Serviço de Locação de Sistemas de Segurança- UTM, afirma que o item 9.3.1 "c" do Edital que trata da cessão e licença de uso de sistema informatizado de Serviços de Locação de Sistema de Segurança - UTM se faz cumprido quando aponta a documento nominado "Certificate of Registration" em duas laudas. Com relação ao item 9.4.1, do Edital, que trata da certidão negativa de falência e concordata, assevera que mesmo ausente o documento, o r. pregoeiro deixou de proceder com a consulta on-line do referido documento, o que fere o princípio da razoabilidade e publicidade.

O primeiro motivo seria o suposto desatendimento do item 9.3.1, letra 'c', do edital, que exige a prova de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, por meio da apresentação de atestado no qual se comprove "A cessão de licença de uso de sistema informatizado de Serviços de Locação Sistema Segurança – UTM".

Como registrado na ata, a documentação apresentada pela recorrente a fim de comprovar a sua qualificação técnica envolve certificado de registro ("Certificate of Registration"), que demonstra a licença de uso exigida.



Não foi exposto motivo pelo qual o documento não poderia ser aceito, nem pelo qual se optou por levar o processo licitatório ao fracasso ao invés de instruí-lo como autoriza a lei, no § 3º do art. 43:

§ 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.

Ora, a fase de habilitação consiste na averiguação da capacidade de uma interessada participar da licitação, com o foco no potencial cumprimento do contrato dela subsequente. A administração tinha todos os meios e recursos necessários para apurar a capacidade da licitante, a partir dos documentos por ela apresentados, esclarecendo-os mediante diligência, se assim fosse necessário.

A faculdade prevista na lei expressa um poder/dever da autoridade administrativa, de maneira que não existe juízo de conveniência ou uma opção subordinada a critérios puramente subjetivos. Conforme a lição de Marçal Justen Filho, a diligência é obrigatória se houver dúvida relevante acerca de documentos apresentados:

12) Critérios de julgamento da habilitação

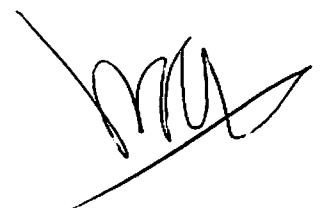
O exame dos documentos da fase de habilitação deve ser minucioso e detalhado. Não se admite exame meramente formal, que se satisfaça com a constatação de que os documentos referidos no edital foram apresentados. A Comissão deverá verificar a regularidade formal dos documentos, investigando inclusive sua autenticidade. O próprio conteúdo dos documentos deve ser verificado. (...) As declarações e documentos sobre capacitação técnica devem ser investigados em profundidade.

Existindo dúvidas acerca do conteúdo de declarações fornecidas por terceiros, a Comissão Pode solicitar-lhes esclarecimentos ou, mesmo, comprovação do que afirmaram. Essas providências podem ser necessárias para afastar declarações meramente de favor.

(...)

22) Diligências e concurso de terceiros

A autorização legislativa para a realização de "diligências" acaba despertando dúvidas. Em primeiro lugar, deve destacar-se que **não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência**. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados –, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de



mera vontade. **Portanto a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes.**² (grifos nossos)

No caso concreto, a diligência sequer seria necessária, pois a documentação apresentada é suficiente para comprovar a capacidade de execução do objeto licitado, especialmente se considerado que não foi exposto formalmente qualquer justificativa plausível para a reprovação da documentação. Se, ainda assim, surgiram dúvidas, deveria ter sido realizada diligência, independentemente de requerimento da licitante, a fim de esclarecer ou a complementar a instrução do processo.

O mesmo ocorre em relação à certidão negativa de falência e concordata, exigida no item 9.4.1 do edital. Assim como se procede normalmente em relação a documentos de regularidade fiscal, a “*Certidão negativa de falência e concordata*” pode ser obtida *online* por qualquer pessoa, em site do Poder Judiciário, mediante a simples inserção do CNPJ da licitante.

A legislação que autoriza essa exigência de habilitação (art. 31, II, da Lei 8.666/1993) tem mais de duas décadas. Na época da sua edição, não havia difusão da *internet* e sequer se pensava na verificação segura de declarações e certidões de natureza pública por meio de acesso eletrônico. O próprio termo “*concordata*” deixou de existir com a Lei 11.101/2005, que instituiu a figura da recuperação judicial. Nesse tempo, instituíram-se cadastros online (a exemplo do SICAF, na esfera federal), deixando-se de exigir a apresentação física de documentos e passando-se a admitir a verificação pela própria Administração.

Diante dos princípios da razoabilidade e da finalidade da licitação, não se justifica o formalismo exacerbado, a fim de afastar a única licitante com proposta classificada para atender ao interesse público, apenas por apego a formalidades que poderiam ter sido facilmente supridas. Neste sentido, o já citado Marçal Justen Filho, com muita propriedade, ensina que:

(...) deve-se interpretar a Lei e o Edital como veiculando exigências instrumentais. A apresentação de documentos, o preenchimento de formulários, a elaboração das propostas não se constituem em condutas ritualísticas. Não se trata de verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se do modo mais conforme ao texto da lei, **todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre**

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8.^a ed. 1.^a reimpressão. São Paulo: Dialética, 2001. p. 549/556



os requisitos de idoneidade e se sua proposta é satisfatória e vantajosa.

Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na Lei ou no Edital. **Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta.** Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação.

(...) Deve-se ter por conta que o formalismo não autoriza que a Administração repete que a interpretação por ela própria adotada é a única cabível: isso nada tem a ver com o formalismo da Lei nº 8.666 e retrata, tão-somente, uma tradição na prática administrativa. Havendo vários sentidos possíveis para a regra, deverão prestigiar-se todos aqueles que conduzam à satisfação do interesse coletivo (...)³ (grifos nossos).

Vejam-se, também, alguns dos muitos precedentes jurisprudenciais que demonstram o entendimento bastante pacífico de que o interesse público na competição entre os licitantes **supera** o rigor injustificado e o formalismo excessivo, em qualquer fase do processo licitatório:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA. FORMALISMO EXCESSIVO. PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA.

(...)

3. Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos para a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsetâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados.

4. **Deve-se diferenciar a formalidade do mero formalismo. Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, ainda mais quando é o interesse público da Administração que se encontra em jogo.**

5. Remessa necessária improvida.

(TRF2. QUINTA TURMA ESPECIALIZADA. 200202010338528 RJ 2002.02.01.033852-8, Relator: Desembargador Federal LUIZ PAULO S. ARAUJO FILHO, Data de Julgamento: 25/05/2011. Data de Publicação: E-DJF2R - Data::02/06/2011 - Página::147) (grifos nossos)

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PARA OPERAÇÃO DO SERVIÇO BÁSICO DO SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DO DISTRITO FEDERAL - STPC/DF. PROCEDIMENTO JÁ TERMINADO. PEDIDO DE ANULAÇÃO. EDITAL. EXIGÊNCIA DE INSTALAÇÕES PARA O ABASTECIMENTO DA FROTA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXCESSO DE FORMALIDADE.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 77.
Av. Tamboré, 341 - Parte
Barueri - SP
05460-000



INABILITAÇÃO DE VÁRIOS PROPONENTES. REVOGAÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE.

(...)

2. NÃO VIOLA O EDITAL DE LICITAÇÃO ATO QUE, PAUTADO NOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE, REVOGA DECISÃO DE COMISSÃO QUE, POR EXCESSO DE FORMALIDADE, INABILITA VÁRIOS PROPONENTES. NOS TERMOS DO ART. 3º DA LEI Nº 8.666/93, A LICITAÇÃO DESTINA-SE A GARANTIR A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E A SELECIONAR A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO.

(TJDF - Conselho Especial. 21709520088070000 DF 0002170-95.2008.807.0000, Relator: GETULIO PINHEIRO, Data de Julgamento: 14/04/2009. Data de Publicação: 31/08/2009, DJ-e Pág. 06) (grifos nossos)

LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO VENCIDA. LICITANTE INABILITADA. POSSIBILIDADE DE CONFERÊNCIA DA VERACIDADE DA INFORMAÇÃO PELA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. IMPETRANTE QUE POSSUÍA O REFERIDO DOCUMENTO REGULARIZADO ANTES DA DATA LIMITE PARA A ENTREGA DA DOCUMENTAÇÃO. FORMALISMO EXACERBADO E FALTA DE RAZOABILIDADE. ATO ILEGAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. REEXAME DESPROVIDO "**Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da LICITAÇÃO é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública e, para atingi-la, não pode o administrador ater-se à rigorismos formais exacerbados, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação**". (ACMS n. , rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 21-6-2007)

(TJ-SC - MS: 269007 SC 2010.026900-7, Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Data de Julgamento: 07/12/2010, Primeira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. , de Maravilha)

Falando-se em formalidades legais, a própria Lei 8.666/1993 autoriza (novamente, um poder/dever, que não se confunde com ato de mera vontade), a fixação de prazo para a apresentação de nova documentação:

Art. 48. (...)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

No caso concreto, havia uma só empresa classificada para o Lote III. Sequer havia interesse de terceiros em jogo na fase de habilitação, senão o interesse da recorrente e o interesse público representado pela Administração.



Ambos os interesses convergem para o afastamento de formalismos excessivos ou para o cumprimento da norma legal, aproveitando-se os atos da licitação com a renovação da oportunidade de apresentação de documentos de habilitação, sem que se tenha que declará-la fracassada, o que é necessariamente contrário ao interesse público.

Pelo exposto, a decisão que melhor atende ao interesse público, sem prejudicar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade e da isonomia, é a classificação e a habilitação da Telefônica Data, seja por meio de diligências, seja por meio da abertura de prazo para a apresentação de nova documentação, tudo na forma da lei.

IV – REQUERIMENTOS.

Por todo o exposto, a **TELEFONICA DATA S/A**, requer ao Pregoeiro que acolha as razões de recurso ora apresentadas **para que seja reformada a decisão que a inabilitou em relação ao Lote III do pregão**, seja por meio da realização de diligências e afastamento de formalismos desnecessários, seja por meio da abertura de prazo para a apresentação de nova documentação, tudo na forma da lei.

Caso não ocorra a mencionada retratação, requer seja encaminhado o processo à autoridade competente para que seja dado provimento ao presente recurso.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

De Barueri par São Roque, 4 de dezembro de 2017.

TELEFONICA DATA S/A

Nome do Procurador: Denilson Cesar Gonçalves
CPF: 160.132.868-09
RG: 21.922.450

