

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DANIEL SOUZA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ - 9ª REGIÃO - TRT9 - CURITIBA/PR.

Pregão Eletrônico nº 72/2013

RJ INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA., inscrita no CNPJ sob n. 14.780.667/0001-69, estabelecida na Rua José Gaidzinski, nº 55, Bairro Pio Correa, Criciúma - SC, CEP 88811-515, neste ato representada por meio de seu Sócio/Gerente **Sr(a) Reinaldo Davino Correa**, brasileiro, casado, empresário, portador da Cédula de Identidade nº 330.959-2/SSP-SC, inscrito no CPF sob nº 077.689.749-72, residente e domiciliado na Avenida Santos Dumont, nº 2420, Bairro São Luiz, Criciúma - SC, com mandato incluso, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fulcro no art. 109, inciso I, alínea "b", da Lei n. 8.666/93, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I - DOS FATOS

Às 14:00hs do dia 26/11/2013, a Recorrente, RJ Instalações Elétricas Ltda, conjuntamente com demais empresas, reuniram-se com a Recorrida, Tribunal Regional do Trabalho do Paraná da 9ª Região - TRT9, através do *sítio* www.licitacoes-e.com.br no intuito de participar da licitação na modalidade Pregão Eletrônico nº 72/2012, Lote nº 01, conforme ata em anexo. (Doc. 01).

Transpassado a sessão de lances sucessivos, a Recorrente por ter tratamento diferenciado, uma vez ter-se declarado na condição de ME, e tendo seu direito garantido por meio da Lei, bem como pelo edital em seu item 7.13, ofertou o lance final, no valor de R\$ 703.000,00, ultrapassando assim, a primeira colocada, restando portanto, vencedora do referido certame.

Ao passo que a partir do Ato convocatório, realizado no mesmo dia, fora solicitado pelo Pregoeiro o envio da documentação ajustada ao último lance (documentos de proposta) e de habilitação (SICAF).

E assim, foi feito, no mesmo dia fora encaminhado via e-mail aos cuidados do Pregoeiro, para análise e julgamento dos mesmos.

Ao passo, que no dia 09/12/2013, após análise realizada pelo Pregoeiro e equipe técnica, fora comunicado por meio do *sítio* www.licitacoes-e.com.br, que a documentação apresentada pela Recorrente não atendeu o edital, restando por desclassificada sua proposta:



"Informo que a empresa RJ - INSTALACOES ELETRICAS LTDA - ME não atendeu às condições do edital nos seguintes pontos: (a) a documentação apresentada pela empresa não atendeu aos itens 1.4, inciso II, e 1.6 do Anexo I - Termo de Referência do edital, que requerem que os materiais especificados nos itens 2.1 e 2.2 do Anexo II do edital sejam de único fabricante, ou fazer parte de uma solução atendida por fabricantes solidários (o que exige acordo ou declaração formal emitida em conjunto pelas partes). A licitante apresentou apenas declaração de um dos fabricantes. Resta desclassificada sua proposta.."

Tal decisão fora fundamentada pela análise da documentação apresentada pela Recorrente, onde entendeu que a mesma não apresentou a documentação considerada essencial para se habilitar no processo licitatório e assim ser vencedora do certame.

II - DOS FUNDAMENTOS

Compulsando os documentos apresentados pela empresa RJ Instalações Elétricas Ltda, referente à Proposta, o Pregoeiro decidiu que a Recorrente não cumpriu com os requisitos mínimos exigidos, uma vez que apresentou marcas diversas (2 marcas) quanto o item 2.1 e 2.2 do Anexo II do edital, enquanto o item 1.6 do Termo de Referência exigia que para tais materiais seria necessário que os mesmos fossem de um único fabricante, conforme segue:

1.6 Todos os materiais especificados nos itens "2.1 – Materiais para cabeamento estruturado" e "2.2 – Materiais para backbone ótico" do Anexo II – Detalhamento do Objeto – do edital do Pregão 72/2013 devem ser de único fabricante, ou fazer parte de uma solução atendida por fabricantes solidários, reunidos formalmente com a finalidade de oferecer as garantias solicitadas através de um único "Programa de Garantia Estendida".

Porém, o que a comissão não sabia é que apenas 01 (um) fabricante no mercado estaria apto atender o edital, ou seja, apenas um ÚNICO FABRICANTE possuiria em seu rol de produtos, materiais de Cabeamento Estruturado e Fibra Óptica, os quais poderiam ser ofertados no certame.

II.1 – DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Um dos princípios que norteiam os processos administrativos é o da isonomia, considerado um dos pilares do Direito como um todo, sendo que esta "simples" exigência que o edital trouxe aos concorrentes, vai em desencontro com a Lei de Licitações, nº 8.666/93, conforme aduz em seu art. 3º, vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. (grifo nosso)



Os princípios mencionados acima visam garantir o caráter competitivo do certame, o que foi ceifado a partir de tal exigência editalícia.

Quando o Edital fez a exigência de que fosse apresentado apenas um fabricante para os materiais (cabearamento estruturado e fibra ótica), estava o mesmo privilegiando apenas um único fabricante, qual seja, FURUKAWA, por se tratar da única empresa que apresenta soluções para os materiais a serem ofertados.

A Recorrente, por sua vez, apresentou 2 (duas) marcas para os itens, sendo que para os materiais especificados nos itens "2.1 – Materiais para cabearamento estruturado" apresentou NEXANS e para os materiais "2.2 – Materiais para backbone ótico" apresentou FURUKAWA.

Importante salientar que além da exigência de serem de um único fabricante, os materiais para cabearamento estruturado deveriam possuir certificação da Anatel.

Após verificado pelo Pregoeiro que havia uma divergência quanto ao estabelecido pelo edital, fora oportunizado apresentar o que aduz no segundo período do item 1.6 do Termo de referência, "...ou fazer parte de uma solução atendida por fabricantes solidários, reunidos formalmente com a finalidade de oferecer as garantias solicitadas através de um único "Programa de Garantia Estendida"".

O que o edital entende por Fabricantes Solidários esta descrito no item 1.4, inciso II:

II) FABRICANTE(S) SOLIDÁRIO(S) – Entende-se como FABRICANTE SOLIDÁRIO a empresa que disponibilize ao mercado uma gama de produtos complementares para a composição de uma solução, cuja compatibilidade seja garantida através de acordo ou declaração formal emitida em conjunto pelas mesmas. (grifo nosso)

Assim, a Recorrente, entrou em contato com as Fabricantes no intuito de conseguir tal declaração, mas o que descobriu foi que, por serem concorrentes, impossível seria que as mesmas assinassem tal documento em conjunto e assim fosse cumprido com a exigência do edital.

Entretanto, a fim de não trazer insegurança ao Pregão, bem como para a execução do objeto, fora coberto pela fabricante NEXANS, por meio de declaração emitida e assinada, garantia para todos os materiais descritos no item 2.1 e 2.2 do Anexo II do edital.

Imperioso ratificar que a NEXANS, mesmo não sendo fabricante de Backbone Ótico, **PRESTOU GARANTIA ESTENDIDA DE 25 ANOS** tanto para os materiais que fabrica (cabearamento estruturado – 60% dos materiais da licitação) e para os materiais da Furukawa (fibra ótica – somente 10%), o que de plano traz segurança tanto à licitação, quando à execução dos serviços.

A NEXANS é uma empresa cujos materiais têm a qualidade equivalente à FURUKAWA, uma das líderes mundiais de mercado, onde seus materiais representam 60% dos materiais desta licitação, cuja representatividade é maior do que os materiais de Backbone ótico.

Outrossim, importante mencionar que em outra obra do TRT, em Londrina, realizada pela empresa Padoin Engenharia e Projetos Elétricos Ltda, que faz parte do grupo com a Recorrente, foi utilizado

cabeamento estrutura da marca NEXANS e fibra óptica da marca FURUKAWA, sendo que foi emitida a garantia estendida de 25 (vinte cinco) anos pela Nexans de todo material utilizado, com padrão de qualidade e de serviços reconhecidos e elogiados até hoje pelo Departamento de Engenharia do TRT.

A Furukawa, por sua vez, já sabida da exigência editalícia, e por ter interesse comercial em vender o pacote completo (Cabeamento Estruturado e Fibra Óptica), uma vez que é a **ÚNICA FABRICANTE** que atende ao edital, e por já possuir uma empresa parceira (Certificada a Instalar Cabeamento e Fibra óptica) pior classificada no certame, mas que seria a única atender o ato convocatório, não se dispôs a assinar tal declaração em conjunto com a Nexans, afim de atender a alternativa apresentada pelo edital em seu item 1.6, segunda parte do Termo de Referência.

Para corroborar tal afirmativa, Celso Antonio Bandeira de Melo, explana em seu livro "*Curso de Direito Administrativo*", página 590:

Não são admissíveis exigências de comprovação de atividade ou aptidão com limitações de tempo, de época ou ainda de locais específicos, **assim como quaisquer outras não previstas na lei e que inibam a participação no certame**, sendo certo, ainda, que as exigências relativas à instalação de canteiros, a máquinas, equipamento, pessoal técnico especializado, havidas como indispensáveis para o cumprimento do objeto, considerar-se-ão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e declaração formal de sua disponibilidade, sob as penas da lei, sendo vedada tanto exigências de propriedade quanto de localização prévia (art. 30, § 5º. E 6º.) (grifos nossos)

Resta claro que a Administração Pública, no caso o Órgão Licitador, deve apenas cumprir o que a Lei determina, ou seja, exigir somente aquilo que aduz a Lei, sempre favorecendo o caráter competitivo da licitação, sem privilegiar qualquer empresa, marca ou fornecedor.

Tratam-se, deste modo, de inovação legislativa extralegal, por extrapolar a Administração os limites de atuação a ela impostos. Limites estes, não obstante, expressamente afirmados no já citado artigo 3º, da Lei 8.666/93, que veda justamente: **a) a requisição de qualquer condição não prevista na Lei ou, ainda, b) que venha a frustrar o caráter competitivo do certame.**

Sobre a restrição do caráter competitivo, assim o Tribunal de Contas da União decidiu:

TCU – Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara – “9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;”

TCU – Decisão 369/1999 – Plenário – “8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;”

TCU- Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara – “Observe o § 1o, inciso I, do art. 3o da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.”

Quanto à obrigação ao atendimento da Lei pelo Órgão Licitador, vejamos o que Hely Lopes Meirelles leciona:



Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. **Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.** (grifo nosso)

Desta forma o TRT9 poderia somente exigir aquilo que a Lei aduz e não exigir uma marca em específico, pois nos moldes que o edital foi regido, o mesmo privilegiou apenas a marca **Furukawa**, ferindo assim o princípio da isonomia e da impessoalidade, restringindo assim, o caráter competitivo do certame.

É o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

[...] 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso — o melhor negócio — e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenvolvida de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. [...] (ADI 2716, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00226 RTJ VOL-00204-03 PP-01114)].

Por outro norte, a Recorrente sabendo que a Furukawa possui interesse comercial na venda do material completo, tentou realizar matrícula de seus funcionários para se tornar um certificador da marca, bem como começar a comercializar e instalar seus materiais, porém o que lhe deixou surpreso foi que, não é de interesse da própria Furukawa ter mais um parceiro na região Sul do Brasil, ou seja, não seria possível estar habilitada para esta licitação muito menos para as demais que virão posteriormente com essa exigência editalícia.

Mais uma vez ficou comprovado a restrição ao caráter competitivo do certame, conforme prevê o § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

l - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifo nosso)

Sobre a restrição à competitividade e a isonomia, válido destacar o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:



Administrativo. Mandado de Segurança. Disposições Editalícias. Balanço de Abertura. Exigência Ilegal. Lei nº 8.666/93 (art. 21, § 4º).

1. O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação. (...)

3. Precedentes Jurisprudenciais iterativos. 4. Segurança concedida. (MS 5693/DF, 1ª Seção, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, julg. 10.4.2000, publ. DJU 22.5.2000, p. 62); (grifo nosso)

E da Suprema Corte:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Licitação. Análise da proposta mais vantajosa. Discriminação Arbitrária. Isonomia. Princípio da Isonomia. Afronta ao Disposto nos artigos 5º, caput; 19, inciso III, inciso XXI e 175 da Constituição do Brasil.

A licitação é um procedimento que visa a à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quanto pretendem acesso às contratações da Administração. A Lei, pode sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que se possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (ADI nº 3.070/RN, Plenário, relator Min. Eros Grau, j. em 29/11/2007, DJ 19/12/2007)

Portanto, tendo em vista os fatos e argumentos apresentados, a desclassificação declarada à empresa **RJ Instalações Elétricas Ltda.**, fora realizada de maneira equivocada, uma vez que seria impossível atender ao edital, face os argumentos acima colacionados.

II.2 – DO EXCESSO DE FORMALISMO

Analisando a exigência contida no item 1.6 do Termo de Referência anexo ao edital, percebe-se que não há uma justificativa feita pela administração de que os materiais “cabeamento estruturado” e “Backbone Ótico” fossem de um único Fabricante, ou seja, não há previsão legislativa para que se tenha um tratamento diferenciado nesta licitação para este tipo de contratação.

Sendo assim, como já sabido, a marca Nexans, tanto quanto a marca Furukawa, são de características e qualidades equivalentes, bem como deve haver em outras marcas no mercado que podem atender com o mesmo padrão qualidade o serviço.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, aduz sobre vedação ao excesso de formalismo, o que restringe ao caráter competitivo do certame ferindo o princípio do isonomia e da impessoalidade, se não vejamos:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

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."

Nesta esteira, é cediço que a concorrência pública visa a fazer com que um maior número de licitantes se habilitem, a fim de selecionar a proposta que se revele mais convincente em função dos parâmetros estabelecidos e divulgados no edital.

O espírito da Lei das Licitações Públicas é prestigiar a competição, ao máximo, de concorrentes idôneos de forma a afastar o excesso de cautela ou os vícios burocráticos.

Não bastasse, todo o sistema da Lei 8.666/93 converge para que a Administração contrate o melhor serviço, mediante o pagamento do melhor preço oferecido. E com a devida vênia, especialmente para aqueles casos que tratam-se de objetos de concorrência, isso só é possível se forem afastadas exigências excessivas e/ou arbitrarias.

Assim, deve a Comissão revestir-se de prudência e atenção para os dados do processo, evitando a consagração do formalismo exacerbado e inútil.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se confunde em parte com o princípio do formalismo. Furtado (2003, p. 48), no entanto, adverte que a submissão da Administração ao instrumento convocatório, prescrita na Lei 8.666/93, art. 41, não significa, todavia, que o administrador esteja obrigado a adotar formalidades excessivas ou desnecessárias. Diz o referido autor:

Não agir com excesso de formalismo ou não se ater a interpretações literais não significa, no entanto, violar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Ao contrário, deve o administrador usar seu poder discricionário – nunca arbitrário – e sua capacidade de interpretação para buscar melhores soluções para a Administração Pública.

Neste sentido veja a seguinte ementa de acórdão do Eg. STJ:



"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial. Segurança Concedida. (STJ, MS 5631/DF, publicado no DJ em 17/08/1998, página 0007)".

Também sobre o tema as seguintes ementas de acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas

Gerais:

"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. FINALIDADE. CUMPRIMENTO. FORMALIDADE EXCESSIVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 'A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta'. (STJ - MS 5869/DF)". (TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.03.989248-4/002, Rel. Des. Manuel Saramago, DJ 02/09/2005).

Diante do exposto, é fato notório que a Administração Pública não pode se ater a situações extremamente formais que não irão lhe causar prejuízo algum, em prol da proposta mais vantajosa principalmente quando a exigência não consta em edital.

Nesta esteira, não deve esta Comissão de Licitação apegar-se ao excesso de formalismo, sob pena de tolher da Administração Pública a proposta mais vantajosa.

II.3 – PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

A partir desta questão levantada, nos socorremos a mais um princípio norteador do processo licitatório, aquele o qual deveria estar acostado tal exigência editalícia de apenas uma marca poder fornecer cabeamento estruturado e fibra óptica, uma vez que, não há qualquer justificativa no edital que aponte o dever-ser do ato requisitado.

Este princípio está implícito no art. 1º da CF88 e art. 2º da Lei 9.784/99, onde está definido como princípio administrativo, qual seja, o princípio da motivação.

Por obediência a este princípio, deve a Administração justificar seus atos quanto aos fundamentos de direito e de fato. Todos os atos administrativos devem ser motivados, excetuando-se aqueles atos vinculados em que há aplicação automática da lei.

Bandeira de Mello diz que nos atos administrativos discricionários e também nos atos vinculados que dependem de avaliação é imprescindível motivação detalhada, sob pena de invalidade. A sociedade tem o direito de saber o porquê da ação da Administração. E mais: a motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato.

Na mesma linha o pensamento de Furtado (2001, p. 43), que observa o seguinte:



Afirmar que o administrador deve motivar seus atos significa, em primeiro lugar, que deverá indicar os fundamentos de direito que legitimam sua atuação. Deve ainda fazer a correlação lógica entre os eventos, os fatos que justificam a prática de determinado ato e a solução por ele adotada.

A motivação deverá conter, assim, a indicação:

- dos motivos que o levaram a praticar o ato;
- da finalidade que se busca com a prática do ato; e
- da fundamentação legal.

Vários doutrinadores correlacionam o princípio da motivação à verificação de outros princípios.

(...) não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 83).

O princípio da motivação está totalmente aliado ao controle dos órgãos competentes, entre eles o Tribunal de Contas da União, uma vez que necessário de faz um controle externo para que não haja qualquer direito ceifado através do processo administrativo como um todo.

Relativamente às licitações públicas, todos os seus atos devem ser motivados: as razões que levaram à abertura do processo licitatório, a especificação do objeto, a análise de recursos administrativos, a adjudicação. O maior interessado na obediência ao princípio da motivação é o próprio administrador público, especialmente os encarregados de contratar e de compor comissões de licitação.

Essa motivação demonstra-se, não poucas vezes, útil ao administrador. Diversas acusações de direcionamento ou favorecimento em licitações ou de irregularidades em contratações sem licitações são facilmente contestadas e perfeitamente explicadas pela motivação. Do contrário, se não tivesse o administrador justificado por que não realizou a licitação, ou por que impôs determinada exigência de qualificação técnica ou econômico-financeira, ou por que exigiu determinada especificação no produto ou serviço, seria sua atitude certamente considerada fraudulenta, e seria o responsável por sua realização punido administrativa e penalmente. Em matéria de motivação ou justificação de licitação, é melhor pecar por excesso do que por omissão. Até porque, excesso de motivação mal nenhum poderá causar a seu responsável (FURTADO, 2001, p. 44-45).

A partir da verificação da vinculação destes princípios ao processo licitatório, isto acarreta segurança tanto para o órgão Licitador, bem como para os Licitantes que participarão do processo, atraindo um maior número de empresas, além de facilitar os trabalhos de controle.

II.4 – DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Também chamado de princípio da proporcionalidade, é mais um paralelo ao princípio da isonomia, no intuito de conter os excessos da administração pública.



Segundo Gordillo (1977, *apud* DI PIETRO, 2001, p. 80-81), mesmo quando não transgredir nenhuma norma, a decisão discricionária do agente público será ilegítima nos seguintes casos:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam;
- b) não considere os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios;
- c) não se estabeleça proporção adequada entre os meios empregados e o fim desejado.

Essa última condição reforça o aspecto teleológico da discricionariedade, ou seja, estabelece relação de pertinência entre oportunidade e conveniência com a finalidade almejada. Nos dizeres de Moreira Neto (1989, *apud* DI PIETRO, 2001, p. 81):

A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato tenha a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.

Tem-se que o princípio da razoabilidade é a exigência de proporcionalidade entre os meios e os fins. Meirelles (2000, p. 90-91), considera que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade nada mais é do que a proibição do excesso, e que objetiva compatibilizar os meios e os fins, de modo a que se evitem lesões aos direitos fundamentais por restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública.

Bandeira de Mello distingue os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Para ele, o princípio da razoabilidade significa que, no exercício da discricionariedade pela Administração, esta terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, que estejam de acordo com o senso normal de pessoas equilibradas e com a finalidade da competência exercida. Já o princípio da proporcionalidade limita a competência administrativa à extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para a consecução da finalidade do interesse público.

Niebuhr relaciona a razoabilidade a todos os demais princípios jurídicos, e, especialmente, à moralidade. Segundo ele, não é possível aplicar nenhum princípio sem abordar, de maneira implícita, a razoabilidade. A razoabilidade seria o princípio norteador de toda a concretização normativa, mas é dirigida pela moral. No campo das licitações públicas, é a razoabilidade que resolve, por ponderação, a aplicabilidade de todos os demais princípios.

II.5 – DO PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA

Tutela é o poder de controle dos atos das entidades da Administração Indireta pelos órgãos centrais da Administração Direta. O poder de tutela sempre foi denominado de supervisão ministerial e abrange o controle finalístico dos atos da Administração Indireta.

Já o princípio da autotutela administrativa representa que a Administração Pública tem o poder-dever de controlar seus próprios atos, revendo-os e anulando-os quando houverem sido praticados com

alguma ilegalidade. Dessa forma, a autotutela funda-se no princípio da legalidade administrativa: se a Administração Pública só pode agir dentro da legalidade, é de se considerar que os atos administrativos eivados de ilegalidade devem ser revistos e anulados, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico.

Neste sentido, é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

"a autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa: 1) aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e 2) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento". (p. 25).

Assim sendo, a autotutela abrange o poder de anular, convalidar e, ainda, o poder de revogar atos administrativos.

A autotutela está expressa no art. 53 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

"Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."

Assim como na Súmula nº 473 do STF:

STF Súmula nº 473 - 03/12/1969 - DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993. Republicação: DJ de 11/6/1970, p. 2381; DJ de 12/6/1970, p. 2405; DJ de 15/6/1970, p. 2437.

Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Dentro de tal contexto, importa considerar que, mais que um poder, o exercício da autotutela afigura-se como um dever para a Administração Pública; reitera-se, dever de rever e anular seus atos administrativos, quando ilegais. Conquanto tal poder-dever seja de índole constitucional, seu exercício não pode se dar de forma absoluta e irrestrita, porquanto a invalidação de atos administrativos não garante, por si só, a restauração da ordem jurídica.

No caso específico, quando a comissão por meio do Pregoeiro e demais envolvidos tiveram ciência de que havia um vício no edital, quanto a premissa contida no item 1.6 do Termo de Referência, deveria, utilizar da prerrogativa estabelecida por meio da Autotutela para anular o ato, excluindo do edital tal exigência.

Assim, deve a Comissão de licitação, na pessoa do Pregoeiro aplicar a norma, por meio dos princípios norteadores do processo licitatórios, devendo anular o item 1.6 do Termo de Referência, que exige que a marca dos Materiais do item 2.1 e 2.2 do Anexo II, sejam de um único Fabricante.

Em consequência julgue por classificada a proposta apresentada pela Recorrente, julgando por vencedora do Lote 01 do Pregão 72/2013.



III – DO PEDIDO

Ante ao exposto, requer o que segue:

1. O recebimento do presente recurso;
2. A anulação do item 1.6 do Termo de Referência, que exige que a marca dos Materiais do item 2.1 e 2.2 do Anexo-II, sejam de um único Fabricante;
3. Por conseguinte, a procedência dos pedidos, julgando por classificada a documentação apresentada pela empresa **RJ Instalações Elétricas Ltda**, face ao cumprimento do edital;
4. Lavrar nova Ata, declarando como vencedora a Recorrente.

Nesses termos, pede deferimento.

Criciúma/SC, 16 de dezembro de 2013.



Reinaldo Davino Correa
Sócio/Gerente
CPF 077.689.749-72