

Paulo Antônio Lenzi
OAB/SP 41.501
Sandro Ricardo Lenzi
OAB/SP 106.331
Luciano José Lenzi
OAB/SP 130.418

Rodolfo V. Lenzi
OAB/SP 289.931
Heitor V. Lenzi
OAB/SP 339.420
Grazielle Lenzi
OAB/SP 343.752

Vitor Lenzi
OAB/SP 391.449
André V. Vicentini
OAB/SP 161.946
Marcos A. Belloli
OAB/SP 180.302



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

C/ PEDIDO LIMINAR

Roberto Silva 04277714803, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 26.147.588/0001-02, com sede na rua Verona, 429, Jardim Itália, Amparo/SP, CEP 13901110, por seu advogado que esta subscreve (procuração anexa), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, **REPRESENTAR** contra o **MUNICÍPIO DE AMPARO/SP**, pessoa jurídica de direito público, CNPJ nº 43.465.459/0001-73, sediada na avenida Bernardino de Campos, nº 705, centro, Amparo/SP, CEP 13.900-400, alicerçando-se nos substratos fáticos, jurídicos e probatórios a seguir aduzidos.

I – DOS FATOS

Regularmente instaurada a concorrência pública nº 006/2018 pelo representado, cujo objeto é voltado à locação de imóvel municipal pelo período de 20 (vinte) anos, a representante e a empresa “Brolesi & Caleffi Restaurante Ltda” apresentaram suas respectivas propostas. A representante foi inabilitada sob a justificativa de que “não apresentou o documento referente ao item 6.4.3.1 do edital”, ao passo que outra concorrente foi habilitada e teve a sua proposta declarada vencedora do certame.

Manifestando inconformismo com a decisão administrativa que a inabilitou, a representante anunciou sua pretensão de interpor recurso, o que foi prontamente deferido pela comissão licitante.

Tempestivamente, a representante ofertou as razões de recurso, seguindo-se a apresentação de contrariedade pela licitante vencedora. Ato contínuo, a assessoria jurídica da municipalidade expediu parecer, manifestando sua discordância com relação às argumentações lançadas no recurso administrativo, motivo pelo qual opinou pelo seu desprovimento. Acolhendo a fundamentação lançada no parecer (se é que ela existe), a Administração desproveu o recurso, mantendo o pronunciamento de inabilitação da representante para participar da disputa.

Todavia, conforme será minuciosamente demonstrado a seguir, a inabilitação da representante traduz **decisão flagrantemente ilegal**, afrontando princípios comezinhos de Direito Administrativo e ocasionando inarredável **prejuízo ao erário**, **beirando a improbidade administrativa dos agentes responsáveis pela condução do torneio licitatório**, que cancelaram ato eivado de manifesta e incontornável ilegalidade, cuja constatação salta aos olhos, até mesmo para profissionais sem formação técnico-jurídica.

II – DO DIREITO

II.1 – Da inobservância ao item “6.4.9” do edital, que permite a apresentação de documentos atinentes à regularidade fiscal de microempresas e empresas de pequeno porte em até 5 (cinco) dias úteis, contados da decisão que a tiver declarado vencedora da disputa.

De início, descortina-se que a representante é uma microempresa, cujo único sócio é o Sr. Roberto Silva. Por esse motivo, **o item**

6.4.9 do edital é de clareza meridiana ao autorizá-la a complementar, excepcionalmente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, sua documentação comprobatória de regularidade fiscal e tributária. Transcreva-se, por oportuno, aludida disposição editalícia:

“As microempresas e empresas de pequeno porte, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição, consoante dispõe o art. 43, da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. No caso de apresentar alguma restrição, sua regularização deverá se dar no prazo de 05 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que a (s) microempresa (s) ou a (s) empresas de pequeno porte for (em) declarada (s) vencedora (s), ou seja, somente para efeito de assinatura do contrato. Fica observado que, este prazo poderá ser prorrogado por igual período em havendo motivo devidamente justificado e aceito pela Comissão Permanente de Licitações, nos termos do § 1º do art. 43, do mesmo dispositivo legal.”

Nesse diapasão, razão não havia para inabilitar, de plano, a representante. A própria lei interna do certame contempla previsão que rechaça a decisão administrativa que desqualificou a representante, alijando-a ilegalmente do certame. Ora, em consonância com expressa previsão editalícia, concluindo a comissão que a regularidade fiscal da representante padecia de alguma irregularidade, era de rigor a concessão do prazo de 5 (cinco) dias úteis para a apresentação da documentação tributária faltante, ressaltando-se que tal prerrogativa consubstancia direito público subjetivo da licitante, cuja

inobservância conduz à nulidade do ato que a afastou prematuramente da concorrência.

Outrossim, caso tivesse sido oportunizado à recorrente o prazo estabelecido no item 6.4.9 do edital, para que ela apresentasse o único documento faltante em sua proposta (Certidão Negativa de Débitos Tributários Federais), a juntada de tal documento se aperfeiçoaria sem qualquer embaraço, uma vez que ela logrou adquirir a certidão *in comento* junto ao órgão público competente em tempo hábil (vide data da emissão da inclusa certidão negativa).

Assim, à evidência, depreende-se a **nulidade de pleno direito** da decisão que excluiu a representante do certame.

Impende repisar, por sumamente relevante, que a decisão da autoridade municipal que inabilitou a representante da disputa é ilegal, abusiva e manifestamente contrária aos interesses da coletividade. O só fato de ter, arbitrariamente, excluído uma licitante do torneio licitatório, à míngua de previsão expressa do próprio edital, frustrando o caráter competitivo exigido em todo certame público, consoma ato administrativo nulo, passível de declaração pela própria Administração, com base no Princípio da Autotutela Administrativa, assim definido pela ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recursos ao Poder Judiciário.

É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade.

Esse poder da Administração está consagrado em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal. Pela de n. 346, **‘a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos’**; e pela de n. 473, **‘a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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.**

Também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens.”¹

A orientação do STF não discrepa do entendimento da ilustre doutrinadora. O eminente Ministro Edson Fachin, em percuciente magistério sobre o tema, pontificou que *“a Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade, consoante reza a Súmula 473/STF.”*^{2 3}

Mas não é só. A par de estar caracterizada a ilegalidade flagrante e manifesta do ato administrativo *in comento* – desde que se leve em conta a tão só circunstância de um potencial interessado em contratar com o Poder Público ter sido arbitrariamente excluído da concorrência – insta salientar, ainda, por pertinente e oportuno, que a proposta apresentada pela

¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*, 12ª ed., 2000, Editora Atlas, p. 73 – grifamos.

² STF - ARE: 1177609 CE - CEARÁ, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 10/12/2018, Data de Publicação: DJe-267 13/12/2018.

³ Súmula 473, STF: “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”.

representante (para locação de imóvel municipal) é significativamente superior à da outra licitante. Isso porque a representante ofereceu o valor mensal de **R\$ 3.180,00** (três mil cento e oitenta reais), enquanto que a empresa Brolesi & Caleffi Restaurante Ltda. ofertou apenas **R\$ 1.500,00** (mil e quinhentos reais) mensais.

Com base em simples cálculo aritmético, tendo-se em consideração o período de locação previsto no edital (20 anos), depreende-se que, caso a Administração formalize contrato com a outra concorrente, preterindo a representante, haverá um prejuízo ao erário de **R\$ 403.200,00** **(quatrocentos e três mil e duzentos reais)**.

Com a devida vênia, as decisões administrativas objeto de impugnação na presente via (tanto a que inabilitou a representante como aquele que rejeitou seu inconformismo, desprovendo-o), exurgem inconcebíveis, uma vez que erigidas à luz de motivação teratológica, para dizer o mínimo. Realmente, é lamentável!

Além disso, calha propositado mencionar que **o parecer elaborado pelo departamento jurídico sequer apreciou as questões suscitadas no recurso**, ignorando-as em sua integralidade, invocando matérias impertinentes ao desfecho da controvérsia, circunstância que bem demonstra o descaso, senão má fé da **Administração ao longo do certame**, (i) malferindo preceitos de ordem pública e de natureza cogente, deixando de observá-los despudoradamente; (ii) ignorando regras editalícias que subordinam a validade e eficácia das etapas do procedimento; e (iii) fazendo tábula rasa dos princípios da competitividade, vantajosidade, legalidade, moralidade e proporcionalidade. Trata-se, como se vê, **de verdadeiro arremedo de licitação**, causando

perplexidade a forma desconexa e pueril que orientou a sua tramitação, num amadorismo exegético que desafia a lógica do razoável.

II.2 – Representante que apresentou documento de eficácia correlata à Certidão Negativa de Tributos Federais, inexistindo dúvida a respeito de sua regularidade fiscal para com a União. Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e da Vantajosidade que obrigam a Comissão de Licitação a tomar decisões justas e equânimes no decorrer do certame, flexibilizando, em ocasiões que assim o admitam, o formalismo relativo à exibição de documentos. Premissa basilar que rege toda e qualquer licitação: busca pela proposta mais vantajosa aos interesses do Poder Público. Inabilitação da representante que implicará em insofismável prejuízo ao erário, visto que sua proposta atinge cifra substancialmente maior que a de sua concorrente.

Caso este C. Tribunal de Contas não acolha os fundamentos assentados no tópico anterior, o que se admite apenas a título de argumentação, a representante, subsidiariamente, passará a perscrutar o âmago de outras vertentes da questão, delineando circunstâncias que patenteiam a completa insubsistência de sua inabilitação do torneio licitatório, em ordem a prevalecer os interesses da coletividade.

Pois bem. A representante não apresentou, num primeiro momento, a Certidão Negativa de Débitos Tributários por razões de ordem procedimental inerentes à obtenção de documentos junto ao Ministério da Fazenda. É dizer: **a representante não tinha, como de fato não tem, nenhuma pendência junto à Fazenda Nacional**, tendo quitado regularmente todos os débitos tributários de que é sujeito passivo. Mas, como é consabido, até o pagamento ser operacionalizado e registrado junto aos assentos oficiais de aludido órgão, e ser disponibilizada a Certidão Negativa, demanda-se um certo

interregno, o qual obstaculizou a representante de anexar o documento na primeira oportunidade, não obstante pudesse fazê-lo caso a comissão lhe deferisse o prazo complementar estabelecido em lei e no edital.

De outra sorte, com o objetivo de demonstrar à COPEL, em termos claros e inequívocos, que inexistem débitos a serem quitados juntos à Fazenda Nacional, a representante indicou o débito que impedia, até então, a emissão da Certidão Negativa, ao mesmo tempo em que juntou seu respectivo comprovante de pagamento. A conclusão óbvia e inafastável que se atinge é a de que a representante não possuía qualquer dívida de natureza federal, não obstante não tenha logrado apresentar a Certidão comprobatória desta regularidade na primeira ocasião. Porém, conforme já esclarecido, no exíguo lapso de tempo compreendido entre a realização da sessão pública e a protocolização do recurso, a recorrente obteve o documento que ensejou, sem razão, sua inabilitação.

Deveras, inabilitar a representante em virtude de um formalismo inútil e exacerbado carece de fomento jurídico, mormente porque foram apresentados documentos que permitem aferir a sua regularidade fiscal no âmbito das três esferas de poder (federal, estadual e municipal).

Obviamente, o formalismo injustificável não deve se sobrepor à diretriz máxima que rege toda e qualquer licitação, no sentido de impor que a Administração firme ajuste com a licitante que ofereça a proposta mais vantajosa (Princípio da Vantajosidade). Não deve haver prejuízo ao erário porque a Administração optou por privilegiar o rigorismo desarrazoado, valendo reiterar que a proposta da representante ensejará obtenção de maiores recursos aos cofres públicos do município.

Não se olvide, ainda, que os Princípios da Competitividade e da Vedação ao Formalismo desautorizam a tomada de decisões que restrinjam o caráter de ampla disputa, com base pura e simplesmente em formalidades passíveis de flexibilização, ao passo que o da Razoabilidade obriga o Poder Público a adotar medidas justas e equilibradas no decorrer do certame.

Nos dizeres do insuperável Hely Lopes Meirelles,

“Implícito na Constituição Federal e explícito, por exemplo, na Carta Paulista, art. 111, o princípio da razoabilidade ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa. Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, **objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública**, com lesão dos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque ‘cada norma tem uma razão de ser’”⁴

“A razoabilidade deve ser aferida segundo os ‘valores do homem médio’, como fala Lucio Valle Figueiredo, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública. Assim, **não é conforme a ordem jurídica a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus standards pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou.**”⁵

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41. ed., Editora Malheiros, 2015, São Paulo, p. 96 – grifamos.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41. ed., Editora Malheiros, 2015, São Paulo, p. 97 – grifamos. No mesmo sentido: Carmén Lúcia Antunes Rocha, Princípios Constitucionais da Administração Pública, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 53, e Revista de Informação Legislativa 136, out./dez., 1997 – grifamos.

A despeito de estar cabalmente evidenciada a nulidade da decisão que inabilitou a representante, insta aduzir que o Princípio da Vantajosidade afasta qualquer tentativa de atribuir foros de legalidade à decisão administrativa ora reprochada, a qual se ressentida de irremediável ofensa a diretrizes norteadoras de Direito Administrativo. Pelo princípio *sub examine*, “*existe um dever de a Administração adotar a escolha mais eficiente para a exploração dos recursos econômicos de sua titularidade. Portanto e como regra, a licitação visa a obter a solução contratual economicamente mais vantajosa para a Administração.*”⁶

Em percuciente magistério a respeito do tema, o ilustre Diogenes Gasparini doutrina:

*“Existe um processo formal, com início, meio e fim, regulado por lei que deve ser rigorosamente seguido em nome da probidade administrativa. A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles (Licitação e contrato administrativo, 13. ed., Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 28): ‘Procedimento formal significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que regem todos os seus atos e fases. Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento’. **Não obstante tal princípio, o entendimento doutrinário não permite que a Administração se valha de formalismos desnecessários à licitação e à execução do contrato. Com efeito, ensina Hely Lopes Meirelles (Licitação, cit., p.27) que ‘o princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser formalista a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou***

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, São Paulo, 2012, 9ª ed., p. 61 – grifamos.

desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou proposta.⁷

Na mesma toada se manifesta o insigne Marçal Justen Filho:

*“A Lei 8.666/73 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação técnica. **Um dos caracteres mais marcantes da Lei 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito de exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação.** O objetivo é eliminar distorções ocorridas no sistema anterior, em que os requisitos de qualificação técnica acabavam por inviabilizar o acesso de muitas empresas à licitação. **A legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou meramente formais**”*

(...)

*Nesse panorama, deve-se interpretar a Lei e o Edital como veiculando exigências instrumentais. A apresentação de documentos, o preenchimento de formulários, as elaborações 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 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 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**⁸*

⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo, 2009, 14. ed., p. 495 - grifamos

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, São Paulo, 9ª ed., p. 313 – grifamos.

Indubitável, portanto, a ilegalidade que fulmina o ato administrativo que inabilitou a representante, constatando-se, às escâncaras, sua nulidade *ex radice*, insuscetível de convalidação. Denota, outrossim, evidente dano ao erário, circunstância passível, em tese, de imputação de responsabilidade nas esferas cível e penal.

Atente-se para o fato de que **“mesmo os vícios formais – de existência irrefutável – podem ser superados quando não importar em prejuízo ao interesse público ou ao dos demais licitantes. Não se configura lesão ao interesse de outro licitante restrito apenas à questão de ser derrotado. É imprescindível evidenciar que os defeitos ou vícios da proposta ou documentação traduzem frustração ao espírito competitivo, à lisura da disputa ou à razão que conduziu a adoção de certa exigência. Esse tratamento deve ser reservado a todos os licitantes, em igualdade de condições.”**⁹

A *ratio essendi* de cogitadas asserções doutrinárias é a de mitigar o formalismo exacerbado nas licitações públicas, possibilitando que mais empresas participem do certame, e que a Administração tenha mais opções quando da escolha da proposta mais vantajosa. Em outros termos, deve-se prestigiar o espírito que permeia todo e qualquer procedimento licitatório, que é o de atrair o maior número de licitantes possível.

Esse entendimento conta com o beneplácito do Tribunal de Contas da União, conforme se verifica dos seguintes julgados:-

“Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 9ª ed., p. 47 – grifamos.

mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências.”¹⁰

“REPRESENTAÇÃO. FALHAS EM DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. PEDIDO DE CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA. CONFIRMAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS. ADOÇÃO DE CAUTELAR. OITIVAS. DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA. NÃO OPORTUNIZAÇÃO AO LICITANTE DE AJUSTE DA PROPOSTA PARA ERROS MATERIAIS IRRELEVANTES E SANÁVEIS. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO ATO ILEGAL.”¹¹

“É claro que se tal falha tivesse sido observada pelos membros do comitê de avaliação no momento da apresentação e abertura das propostas, a meu ver, em face do interesse público, não haveria óbice a que a Administração procedesse a sua regularização, se estivessem presentes os representantes das empresas.”¹²

Esse o quadro, por qualquer ângulo que se observe a questão em exame, a procedência desta representação é medida que se impõe.

III – DO REQUERIMENTO

Ante o exposto, requer seja deferida medida liminar para suspender, de imediato, a Concorrência Pública nº 006/2018 (Processo Administrativo nº 10860/18) até julgamento da matéria pelo colegiado,

¹⁰ TCU. ACÓRDÃO Nº 2302/2012 – Plenário. TC-010.594/2012-4. Relator com voto vencido: Raimundo Carreiro. Julgamento: 29 de agosto de 2012 – grifamos.

¹¹ TCU. TC 013.754/2015-7 – Plenário. AC-2637-42/15-P. Relator Min. Bruno Dantas. Julgamento: 21 de outubro de 2015 – grifamos.

¹² TCU. Decisão n.º 570/92-Plenário. Acórdão n.º 327/2010-Plenário. TC-007.080/2004-6. Relator Min. Benjamin Zymler. Julgamento: 03 de março de 2010 – grifamos.

concedendo-se prazo para que seja oferecida a defesa prevista em lei, acerca dos fatos e fundamentos jurídicos que encerram o núcleo da presente representação. No mérito, requer seja julgada procedente a representação, com o reconhecimento da ilegalidade da inabilitação da representante, assinando-se prazo para a anulação da decisão hostilizada e dos atos que lhe forem subsequentes, de modo a que se retome o curso regular do procedimento licitatório, passando-se à fase de julgamento objetivo das propostas.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Pedreira/SP, 18 de janeiro de 2019.

Roberto Silva 04277714803

Vitor Lenzi
OAB-SP 391.449