

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

URGENTE – URGENTÍSSIMO

M S FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS – ME, com sede na Rua dos Jasmins, nº 370, Pq. Rosa e Silva, Sumaré, SP, inscrita no CNPJ nº: **27.522.050.0001-95**, por intermédio de seu representante, vem *data máxima vênia*, vem apresentar as:

**REPRESENTAÇÃO CONTRA ATO IRREGULAR
COM PEDIDO DE LIMINAR**

Com fulcro na Lei Orgânica do Egrégio Tribunal de Contas Lei Federal 8.666/93, Lei Federal 10.520/02, bem como disposições legais contidas na Constituição Federal, em face das veementes irregularidades e ilegalidades verificadas no procedimento licitatório, realizado **MUNICÍPIO DE AMPARO - SÃO PAULO**, consoante motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

**RAZÕES DE REPRESENTAÇÃO CONTRA ATO IRREGULAR
COM PEDIDO DE LIMINAR**

ÓRGÃO LICITANTE: PREFEITURA DE AMPARO - SÃO PAULO

PREGÃO PRESENCIAL N. 30/2019
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 4645/2019
DATA DA REALIZAÇÃO: 15 de agosto de 2019

OBJETO: Aquisição de hortifrutigranjeiros para atendimento ao cardápio das Unidades Escolares e o Centro Dia do Idoso do Município de Amparo/SP, conforme Edital”

DIGNÍSSIMO CONSELHEIRO,

Não obstante o apreço e imensurável respeito que temos pelos servidores públicos responsáveis pela licitação em tela, principalmente ao subscritor do edital de convocação, o certame em questão não merece prosperar, vez que constam em seu bojo exigências que violam a legislação vigente bem como os princípios que baseiam as contratações públicas

I - LEGITIMIDADE AD CAUSAM

A Representante é uma empresa que exerce a atividade compatíveis com o objeto da licitação , consoante instrumento anexo. Tendo como clientes diversos órgãos da Administração.

Desta forma, como o procedimento licitatório é propriamente para o objeto social da Representante, resta evidente o real interesse que tais irregularidades sejam sanadas.

II - DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de Contas é o órgão fiscalizador auxiliar e tem, sim, entre suas atribuições verificar a eficiência, economicidade, legitimidade e, sobretudo, a legalidade na aplicação e gestão dos recursos públicos.

Esse termo mereceu detido exame de brilhantes juristas pátrios, a iniciar-se pelo Procurador do Ministério Público junto ao TCU, Leopoldo da Cunha Melo, asserindo que o “Tribunal de Contas não é um simples órgão

administrativo”, mas exerce “uma verdadeira judicatura sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos”.

Nesse sentido já se pronunciou a Justiça Federal: “O TCU só formalmente não é órgão do poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado”.

Portanto, dentro destas maravilhosas premissas a Requerente guarda a ponderação de que as irregularidades a seguir relatadas serão sanadas e aos responsáveis serão aplicadas as sanções cabíveis.

E, o mais importante, no caso do certame ainda não ter sido finalizado, seja o mesmo suspenso até análise de mérito, porém, na hipótese de ter ocorrido seja suspensa a assinatura do contrato.

III- DOS FATOS E DAS RAZÕES

A PREFEITURA DE AMPARO/SP, publicou edital da licitação PREGÃO PRESENCIAL Nº 030/2018, cujo objeto é “Aquisição de hortifrutigranjeiros para atendimento ao cardápio das Unidades Escolares e o Centro Dia do Idoso do Município de Amparo/SP, conforme Edital”.

Conforme o instrumento convocatório no dia 15 de agosto do corrente ano, no horário estipulado deu-se a abertura da sessão pública de realização do certame, onde compareceram as empresas **APRIMOORA ALIMENTOS LTDA, CLAUDETE REGINA DOS SANTOS ANDRADE - ME, COMERCIAL GAIA, FENIX ALIMENTOS DE MOGUI GUAÇU EIRELLI-ME, GOLD ORIENTE EIRELI, HORTILIFE GRANJEIROS LTDA ME, JJ ANTONIOLI & CIA LTDA, J. OLIVEIRA - IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA-ME, MCO CAMPINAS COMÉRCIO DE FRUTAS LTDA -EPP, MODOLOCAMPI AGRICOLA LTDA e a Recorrente MS FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS ME.**

Abertos os envelopes de proposta comercial, obteve-se a seguinte classificação dos proponente e seus valores:

Item	Proponente	Representante	Frequência	Vi.Unit.	Situação
1	MS FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS ME	EDUARDO NUNES FERNANDES		R\$11.90000	Participante
1	MODolocampi AGRICOLA LTDA	ANDERSON GOMES VIANA		R\$13.00000	Participante
1	J J ANTONIOLI & CIA LTDA	LOURIVAL CORAT VERDU		R\$15.40000	Participante
1	GOLD ORIENTE EIRELI	ERIKA PORTES DE ALMEIRA BACHIN		R\$15.68000	Participante
1	MCO CAMPINAS COMERCIO DE FRUTAS LTDA - EPP	ODAIR CORREIA DE MELLO		R\$15.70000	
1	FENIX ALIMENTOS DE MOGI GUAÇU EIRELI-ME	REINALDO LUIS GUEDES		R\$16.00000	
1	APRIMOORA ALIMENTOS LTDA	GILVANIA ISIDIO DE CARVALHO		R\$16.55000	
1	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS ANDRADE - ME	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS		R\$17.00000	
1	COMERCIAL GAIA LTDA - EPP	AGOSTINHO ANDREETA		R\$19.80000	
1	J Oliveira - Importação & Exportação Ltda-ME	ELDER JOSE BATISTA OLIVEIRA		R\$25.50000	
1	HORTLIFE DISTRIBUICAO COMERCIO E TRANSPORTES DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA ME	ANSELMO DA SILVA RIBAS		R\$29.00000	
2	MS FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS ME	EDUARDO NUNES FERNANDES		R\$2.29000	Participante
2	J J ANTONIOLI & CIA LTDA	LOURIVAL CORAT VERDU		R\$2.69000	Participante
2	GOLD ORIENTE EIRELI	ERIKA PORTES DE ALMEIRA BACHIN		R\$2.74000	Participante
2	MCO CAMPINAS COMERCIO DE FRUTAS LTDA - EPP	ODAIR CORREIA DE MELLO		R\$2.79000	Desclassificado
2	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS ANDRADE - ME	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS		R\$2.80000	Desclassificado

Item	Proponente	Representante	Frequência	Vi.Unit.	Situação
1	MS FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS ME	EDUARDO NUNES FERNANDES		R\$11,90000	Participante
1	MODOLOCAMPI AGRICOLA LTDA	ANDERSON GOMES VIANA		R\$13,00000	Participante
1	J J ANTONIOLI & CIA LTDA	LOURIVAL CORAT VERDU		R\$15,40000	Participante
1	GOLD ORIENTE EIRELI	ERIKA PORTES DE ALMEIRA BACHIN		R\$15,68000	Participante
1	MCO CAMPINAS COMERCIO DE FRUTAS LTDA - EPP	ODAIR CORREIA DE MELLO		R\$15,70000	
1	FENIX ALIMENTOS DE MOGI GUAÇU EIRELI-ME	REINALDO LUIS GUEDES		R\$16,00000	
1	APRIMOORA ALIMENTOS LTDA	GILVANIA ISIDIO DE CARVALHO		R\$16,55000	
1	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS ANDRADE - ME	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS		R\$17,00000	
1	COMERCIAL GAIA LTDA - EPP	AGOSTINHO ANDREETA		R\$19,80000	
1	J Oliveira - Importação & Exportação Ltda-ME	ELDER JOSE BATISTA OLIVEIRA		R\$25,50000	
1	HORTLIFE DISTRIBUICAO COMERCIO E TRANSPORTES DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA ME	ANSELMO DA SILVA RIBAS		R\$29,00000	
2	MS FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS ME	EDUARDO NUNES FERNANDES		R\$2,29000	Participante
2	J J ANTONIOLI & CIA LTDA	LOURIVAL CORAT VERDU		R\$2,69000	Participante
2	GOLD ORIENTE EIRELI	ERIKA PORTES DE ALMEIRA BACHIN		R\$2,74000	Participante
2	MCO CAMPINAS COMERCIO DE FRUTAS LTDA - EPP	ODAIR CORREIA DE MELLO		R\$2,79000	Desclassificado
2	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS ANDRADE - ME	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS		R\$2,80000	Desclassificado

4	MS FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS ME	EDUARDO NUNES FERNANDES		R\$2.56000	Participante
4	J J ANTONIOLI & CIA LTDA	LOURIVAL CORAT VERDU		R\$3.29000	Participante
4	GOLD ORIENTE EIRELI	ERIKA PORTES DE ALMEIRA BACHIN		R\$3.35000	Participante
4	MCO CAMPINAS COMERCIO DE FRUTAS LTDA - EPP	ODAIR CORREIA DE MELLO		R\$3.39000	Desclassificado
4	MODOLOCAMPI AGRICOLA LTDA	ANDERSON GOMES VIANA		R\$3.50000	Desclassificado
4	FENIX ALIMENTOS DE MOGI GUAÇU EIRELI-ME	REINALDO LUIS GUEDES		R\$3.60000	Desclassificado
4	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS ANDRADE - ME	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS		R\$3.75000	Desclassificado
4	HORTLIFE DISTRIBUICAO COMERCIO E TRANSPORTES DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA ME	ANSELMO DA SILVA RIBAS		R\$3.99000	Desclassificado
4	APRIMOORA ALIMENTOS LTDA	GILVANIA ISIDIO DE CARVALHO		R\$4.77000	Desclassificado
4	J. Oliveira - Importação & Exportação Ltda-ME	ELDER JOSE BATISTA OLIVEIRA		R\$5.40000	Desclassificado
4	COMERCIAL GAIA LTDA - EPP	AGOSTINHO ANDREETA		R\$6.79000	Desclassificado
5	MS FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS ME	EDUARDO NUNES FERNANDES		R\$2.69000	Participante
5	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS ANDRADE - ME	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS		R\$2.85000	Participante
5	J. Oliveira - Importação & Exportação Ltda-ME	ELDER JOSE BATISTA OLIVEIRA		R\$2.90000	Participante
5	FENIX ALIMENTOS DE MOGI GUAÇU EIRELI-ME	REINALDO LUIS GUEDES		R\$3.10000	Desclassificado
5	J J ANTONIOLI & CIA LTDA	LOURIVAL CORAT VERDU		R\$3.48000	Desclassificado

5	GOLD ORIENTE EIRELI	ERIKA PORTES DE ALMEIRA BACHIN		R\$3.55000	Desclassificado
5	MCO CAMPINAS COMERCIO DE FRUTAS LTDA - EPP	ODAIR CORREIA DE MELLO		R\$3.59000	Desclassificado
5	MODOLOCAMPI AGRICOLA LTDA	ANDERSON GOMES VIANA		R\$4.40000	Desclassificado
5	APRIMOORA ALIMENTOS LTDA	GILVANIA ISIDIO DE CARVALHO		R\$4.64000	Desclassificado
5	HORTLIFE DISTRIBUICAO COMERCIO E TRANSPORTES DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA ME	ANSELMO DA SILVA RIBAS		R\$5.89000	Desclassificado
5	COMERCIAL GAIA LTDA - EPP	AGOSTINHO ANDREETA		R\$6.00000	Desclassificado
6	J J ANTONIOLI & CIA LTDA	LOURIVAL CORAT VERDU		R\$0.99000	Participante
6	MCO CAMPINAS COMERCIO DE FRUTAS LTDA - EPP	ODAIR CORREIA DE MELLO		R\$1.00000	Participante
6	GOLD ORIENTE EIRELI	ERIKA PORTES DE ALMEIRA BACHIN		R\$1.01000	Participante
6	MS FREITAS COMERCIO DE ALIMENTOS ME	EDUARDO NUNES FERNANDES		R\$1.42000	Desclassificado
6	MODOLOCAMPI AGRICOLA LTDA	ANDERSON GOMES VIANA		R\$1.52000	Desclassificado
6	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS ANDRADE - ME	CLAUDETE REGINA DOS SANTOS		R\$1.65000	Desclassificado
6	FENIX ALIMENTOS DE MOGI GUAÇU EIRELI-ME	REINALDO LUIS GUEDES		R\$1.80000	Desclassificado
6	J. Oliveira - Importação & Exportação Ltda-ME	ELDER JOSE BATISTA OLIVEIRA		R\$1.90000	Desclassificado
6	COMERCIAL GAIA LTDA - EPP	AGOSTINHO ANDREETA		R\$2.40000	Desclassificado
6	HORTLIFE DISTRIBUICAO COMERCIO E TRANSPORTES DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA ME	ANSELMO DA SILVA RIBAS		R\$2.59000	Desclassificado

Efetuada a classificação das propostas, deu-se início à fase competitiva entre as melhores classificadas dentro da faixa de 10% da menor oferta.

Para o Item 1 a melhor proposta foi a Recorrente, onde dada a oportunidade à Licitante **MODOLOCAMPI**, esta declinou de seu lance, culminando na oferta da Recorrente como o melhor preço, e em negociação com o pregoeiro finalizou no preço de R\$ 11,85.

Ultrapassa a fase de lances e negociado o preço do item 1, foi aberto o envelope de Habilitação da Recorrente para análise de seus documentos, os quais segundo a análise do Pregoeiro não atendeu o item 8.5.1.1 do edital pelo fato de que “não apresentou o Requerimento do Empresário contendo em seus atos a transformação da modalidade da empresa”.

Com a inabilitação da Recorrente, esta ficou impedida de ofertar lances nos demais itens do pregão.

Em momento oportuno a Recorrente manifestou sua intenção de recurso, com apresentação de razões em prazo de 3 dias úteis, com término em 20 de agosto do corrente ano.

Está é a síntese dos fatos.

DAS RAZÕES

DA ABSOLUTA CONFORMIDADE CONFORMIDADE AO EDITAL

Não resignada pela sua inabilitação a Recorrente não pode deixar de se opor a decisão tomada pelo Pregoeiro, que de forma açodada, míope e arbitrária julgou sem nenhum conhecimento legal intrínseco à escorreita análise da documentação de habilitação jurídica apresentada pela Recorrente.

Segundo a definição dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, [licitação](#) é "*o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.*" (destacou-se)

Assim, o Edital em seu item 8.5 é sucinto e direto quanto aos documentos de Habilitação Jurídica:

8.5. Habilitação Jurídica

8.5.1. A documentação relativa à habilitação jurídica da empresa, cujo objeto social deverá ser compatível com o objeto licitado, consistirá em: (g.n)

8.5.1.1. Para Empresa Individual: Constituição da empresa e suas alterações:(g.n)

8.5.1.2. Para Sociedade Empresária: Ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor e última alteração, devidamente registrados;

8.5.1.3. Para Sociedade por Ações: Inscrição do ato constitutivo e alterações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, em exercício;

8.5.1.4. Para Sociedade Simples: Inscrição do ato constitutivo e alterações no registro civil das pessoas jurídicas, acompanhada de prova da diretoria em exercício;

8.5.1.5. Para Empresa ou Sociedade Estrangeira em funcionamento no Brasil: Decreto de autorização, e ato de registro ou autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Apresentado o item 8.5.1.1 como o que supostamente não fora atendido pela Recorrente, ao não constar no Requerimento do Empresário a “transformação da modalidade empresarial”, observemos qual a finalidade da comprovação da habilitação jurídica.

Alteemos,ao que diz o item 8.5 - “A documentação relativa à habilitação jurídica da empresa, **cujo objeto social deverá ser compatível com o objeto licitado**, consistirá em:”

Temos que a cerne da Habilitação Jurídica é a comprovação de que o Licitante tem seu objeto social compatível com o objeto licitado. Para exemplificar o objeto licitado nesta licitação é “Aquisição de hortifrutigranjeiros”(sic), cujo CNAE é 4724-5 - Comércio varejista de **hortifrutigranjeiros ou similares**. Assim não seria admitida uma licitante cujo objeto social tenha exclusivamente o CNAE 2550-1/02 Fabricação de armas de fogo, outras armas e munições.

Nítida é que a única comprovação quanto à análise da Habilitação Jurídica é a de que as Licitantes tenham objeto social que atendam a necessidade de fornecimento de produtos que atendam ao objeto do edital.

A comprovação de que as licitantes atendem ao objeto licitado far-se-iam pelo rol de documentos elencados pelos subitens 8.5.1.1 à 8.5.1.5, de forma simples, bastando apresentar um dos instrumentos que qualificam a condição da empresa, e para a Requerente na condição de Empresa Individual, apenas a Constituição da empresa e suas alterações.

A Requerente apresentou o Requerimento de Empresário junto à JUCESP, de Protocolo nº 2.050.488/17-2, e todos seus atos posteriores, em estrita conformidade com os ditames do edital.

Porém o pregoeiro, arvorou-se como *experti* em Registro de Empresário junto à Junta Comercial, alardeando como quem encontrou solução para a “Hipótese de Riemann”, que a Recorrente não atendeu ao edital por não apresentar em nos atos de seu Requerimento de Empresário a “transformação da modalidade da empresa”, justificando que a licitante HORTLIFE “que em situação similar apresentou devidamente atendendo as especificações do artigo editalício”.

É salutar que apresentemos o que seja um Empresário Individual, ondo o artigo 966 do Código Civil de 2002 definiu o empresário como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O dispositivo legal faz referência ao empresário no sentido

lato, ou seja, compreendendo o empresário individual (antigo comerciante individual) e o empresário coletivo (sociedades empresárias).

Como firma individual, o empresário deverá proceder ao seu registro na Junta Comercial, seguindo as determinações constantes dos artigos 967 e 968 do Código Civil de 2002, bem como da Lei n. 8.934/94 e Decreto 1800/96. Igualmente, a sociedade empresária deverá realizar idêntico registro, observando as regras específicas de cada tipo societário, através do qual adquirirá personalidade jurídica, a teor dos artigos 45, 985 e 1.150 do Código Civil.

Dito isto, observemos o que constitui um MEI, que é a sigla para Microempreendedor Individual e está na Lei Complementar 123/2006, sendo criada para formalizar autônomos e profissionais liberais ao mercado de trabalho, ou seja é uma **pessoa** física que também tem um CNPJ, mas não uma empresa nos moldes do Empresário Individual estabelecidos pelo Código Civil.

Desta maneira, as formas de transformação empresarial estabelecidas pela **INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI Nº 35 DE 02 DE MARÇO DE 2017**, que dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão que envolvam empresários, sociedades, bem como a conversão de sociedade simples em sociedade empresária e vice-versa, regulamentando o art. 1.113 do Código Civil:

Art. 1º Transformação é a operação pela qual uma empresa ou sociedade passa de um tipo para outro, independente de dissolução ou liquidação, obedecidos os preceitos reguladores da constituição e inscrição do tipo em que vai converter-se.

§ 1º Para os efeitos desta Instrução Normativa, a transformação pode ser:

I - societária, nos termos dos artigos 1.113 do Código Civil e 220 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, quando ocorrer entre sociedades empresariais;

II - de registro, nos termos dos artigos 968, § 3º e 1.033, parágrafo único, ambos do Código Civil, quando ocorrer:

- a) De sociedade empresarial para empresário individual e vice versa;
- b) De sociedade empresarial para [EIRELI](#) e vice versa; e
- c) De empresário individual para [EIRELI](#) e vice versa.

É notória que as formas de transformação não inclui a condição de Microempreendedor Individual (MEI) para Empresário Individual, pois o “MEI” não é uma personalidade jurídica, passível de transformação.

Resta por inelutável que a estapafúrdia justificativa da inabilitação, de que não consta nos atos do Requerimento de Empresário a transformação da modalidade de empresa, é descabida e nula de pleno direito.

E para refutar o sofisma utilizado com a comparação do documento de Requerimento de Empresário utilizado pela licitante Hortlife, no qual consta que a mesma fora constituída por transformação, deve-se ao fato que a mesma era constituída como um ERILE, como a própria Licitante mostrou ao pregoeiro, e este informou aos demais participantes. Assim, esta condição é a regulamentada no art. 2º inc. II alínea “C” da **IN DREI Nº 35 DE 02 DE MARÇO DE 2017**. O que demonstra que as Licitantes não tem a mesma constituição para seu Requerimento de Empresário junto à Jucesp.

DO FORMALISMO EXCESSIVO

É cediço que o processo licitatório deve ser pautado pelos princípios que o norteiam, entre eles a citada vinculação ao instrumento convocatório. Porém não é admissível o formalismo desmedido, o apego a pontos irrelevantes que apenas dizem quanto à forma e não ao seu conteúdo.

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório.

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta

mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.(gn)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios.

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016-Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas 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. (Acórdão 2302/2012-Plenário)(gn)

Alteie-se que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a “licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”, mas sim a busca da proposta mais vantajosa que culminará na celebração do contrato.

Cumpra referir que a Administração no procedimento licitatório deve buscar, acima de tudo, a satisfação do interesse público, mediante a escolha da proposta mais vantajosa, sem deixar de lado a necessária moralidade e a indispensável segurança da igualdade entre os participantes. Neste sentido, visando a celeridade dos processos administrativos, a supremacia do interesse público sobre o privado e a iminência de definições rápidas para o cenário administrativo, a doutrina desenvolveu o princípio administrativo do formalismo moderado, o qual segue muito bem explicado nas palavras de Alexandre Aragão:

‘(...) Referido por ODETE MEDAUAR como aplicável a todos os processos administrativos, o princípio do formalismo moderado possui, apesar de não constar expressamente na Lei 8666/93, relevante aplicação às licitações, equilibrando com a equidade a aplicação dos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, fazendo com que meras irregularidades, que não afetam interesses públicos ou privados, não levem à desnecessária eliminação de competidores, o que vem sendo amplamente aceito pela jurisprudência. Pode-se dizer que, nas licitações, o **Princípio do Formalismo Moderado advém da ponderação dos princípios da legalidade e da vinculação**

ao instrumento convocatório, de um lado, o princípio da competitividade, que, afinal, é o objetivo primordial da licitação (ex.: se um edital de licitação estabelece que as propostas de preço devem ser apresentadas em número e por extenso, e o licitante a apresenta apenas por extenso, ele não pode ser desclassificado apenas por isso).”(g.n)

Latente que o ato que inabilitou a Recorrente extrapolou todas as medidas da razoabilidade, eficiência, competitividade e busca a proposta mais vantajosa, podendo ser classificada, smj, de Ato Antieconômico.

DO ATO ANTIECONÔMICO

Admitir a desclassificação da Recorrente, e a aceitação das licitante MODOLOCAMPI, JJ ANTONIOLI e J.OLIVEIRA como vencedoras do certame, sem sombra de dúvidas é aceitar um “**Ato Antieconômico**”, ou seja, ato que onera, indevidamente, o erário, mesmo que praticado com a observância das formalidades legais, não atendendo ao interesse público ou afrontando os princípios constitucionais da eficiência, eficácia e efetividade.

A propostas ofertadas pelas ilegítimas vencedoras são majoram as da RECORRENTE nas seguintes proporções:

ITEM	PROPOSTA MS FREITAS	PROPOSTA EMPRESA CLASSIFICADA	% DIFERENÇA	DIFERENÇA TOTAL
1	R\$ 11,85	R\$ 13,00	9,71%	R\$ 5475,15
2	R\$ 2,29	R\$ 2,68	17,03%	R\$ 19257,81
3	R\$ 2,59	R\$ 2,75	6,17%	R\$ 2628,16
4	R\$ 2,56	R\$ 3,29	28,51%	R\$ 36940,92

5	R\$ 2,69	R\$ 2,90	7,80%	R\$ 4708,41
6	R\$0,89*	R\$ 0,99	11,22%	R\$ 837,70
VALOR A MAIOR				R\$69.848,15

* Possível preço

O valor da possível contratação, com a inabilitação da Recorrente, é R\$ 69.848,15 superior, e que, portanto, deve ser REJEITADA, evitando-se dessa forma maiores prejuízos a Administração.

A vantajosidade determinada nas Licitações espelha basicamente a busca por contratação que seja tanto economicamente mais vantajosa — menor gasto de dinheiro público — quanto que assim o seja qualitativamente, melhor gasto.

Segundo Maria Di Pietro “**a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público**”

É inelutável que nada justifica onerar em **R\$ 69.848,15** os cofres da Administração, tipifica ATO ANTIECONÔMICO!

Aceitar a ilegalidade e contratar é um flerte com o prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal!

Portanto, a realização de uma acurada avaliação do preço das propostas, de modo a evitar a ocorrência de prejuízos ao erário público. Sabe-se que a licitação é um processo que envolve competição de mercado, baseia-se na livre iniciativa, mas os valores apresentados pela RECORRIDA são absolutamente majorados, e muito acima do praticado pelo mercado.

E o entendimento do Judiciário é basilar, em sintonia com o Enunciado da Súmula 473 do 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 e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”). Assim, concluiu-se que a Administração não exorbitará de seu poder-dever de revisão dos próprios atos.

IV – DOS FUNDAMENTOS

Por todo o explanado, é cristalina que os elementos exigidos pelo edital e impugnado contrariam o ordenamento jurídico e que sua manutenção carecem de robusta motivação que as sustentem, haja vista que os atos administrativos devem ser fundamentados e justificados, inclusive, para fins de controle. Dessa forma, a Administração deve ser analisar a pertinência e a viabilidade prática dos aspectos (econômicos, operacionais, finalísticos, etc.), sendo a ampliação da competitividade condição essencial para que isso ocorra.

Vislumbremos que todo processo licitatório é regido pela Lei 8.666/93, que em seu art. 3º estabelece os princípios legais:

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - 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;

Fazendo uma leitura cuidadosa do artigo 3º, caput, é possível perceber que a lei não elenca um rol taxativo dos princípios que deverão ser observados no certame licitatório. A expressão que aparece no final do caput deixa claro que existem outros princípios que, mesmo não estando presente de forma expressa na lei, devem ser respeitados.

O princípio da legalidade determina que as atividades administrativas deverão se resumir aos limites fixados pelas leis. Hely Lopes Meirelles define este princípio da seguinte maneira:

A legalidade, como princípio da Administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, e criminal, conforme o caso.

O saudoso Mestre ainda destaca:

“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”(Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 88)

Podemos concluir que o princípio da legalidade, sob a ótica da Administração Pública, deve significar sempre fazer apenas o que está previsto em lei, não podendo agir na omissão dela.

E quanto aos “princípios correlatos” o merecem destaque, o princípio da motivação dos atos administrativos.

Importante a se observar vem com a Constituição de 1988, tem como regra geral, a obrigatoriedade de motivar os atos administrativos, com base também na consagração do princípio da moralidade, auferindo a atuação ética do administrador exposta pela indicação dos motivos e para garantir o próprio acesso ao judiciário.

Diz ainda Celso Antonio Bandeira de Melo, “que o Princípio da Motivação impõe a administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada.” (Mello, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo – 15. ed. – São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70)

O entendimento dos Tribunais quanto da importância da motivação dos atos administrativos vem sendo demonstrado nas decisões, que a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo. Importantíssimo esse entendimento porque ficaria extremamente prejudicado a análise das condutas administrativas sem as razões motivadoras que permitissem reconhecer seu afinamento ou desafinamento com os princípios administrativos como da legalidade, da finalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da moralidade, do contraditório e ampla defesa, permitindo assim formar uma linha divisória entre os atos praticados dentro da legalidade ou atos que acarretara a possível nulidade.

O Poder Judiciário tem se posicionado em suas decisões que o Princípio da motivação é fundamental para o controle da legalidade dos atos administrativos.

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO ESTACIONADO EM LOCAL PROIBIDO. TERMO DE APREENSÃO SEM DISPOSITIVOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO QUE REGE TODOS OS ATOS ADMINISTRATIVOS E DO DIREITO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DE ATO. REEXAME NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1-Termo de Apreensão sem constar os dispositivos que demonstram a infração cometida. Exigência necessária em virtude do direito que se tem em saber a motivação que gerou a imposição da penalidade. 2-Violação flagrante do princípio da motivação

que rege todos os atos administrativos. 3-Reexame Necessário não provido. 4-Decisão Unânime. Processo: REEX 379915220068170001 PE 0037991-52.2006.8.17.0001; Relator(a): José Ivo de Paula Guimarães; Julgamento: 12/04/2012; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Publicação: 76.”(grifo nosso)

“EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PERDA DE OBJETO NÃO CONFIGURADA. DIREITO DE ACESSO AOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DA PROVA DE REDAÇÃO, DE VISTA DA ALUDIDA PROVA E DE PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO.OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. I - Não se vislumbra, na espécie, o esgotamento do objeto da presente impetração, decorrente do cumprimento da decisão liminarmente proferida nestes autos, na medida em que tal decisão não tem o condão de caracterizar, por si só, a prejudicialidade do mandamus, em face da natureza precária daquele decisum, a reclamar o pronunciamento judicial quanto ao mérito da demanda, até mesmo para se confirmar, ou não, a legitimidade do juízo de valor liminarmente emitido pelo julgador. II - O acesso aos critérios de correção da prova de redação, bem assim de vista da aludida prova e de prazo para interposição de recurso é direito assegurado ao candidato, encontrando respaldo nos princípios norteadores dos atos administrativos, em especial, o da publicidade e da motivação, que visam assegurar, por fim, o pleno exercício do direito de acesso às informações, bem como do contraditório e da ampla defesa, com observância do devido processo legal, como garantias constitucionalmente consagradas (CF, art. 5º, incisos XXXIII, LIV e LV). TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AMS 2004.34.00.021156-9/DF. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, julgado em 30/6/2008, DJF1 4.ago.2008. p. 452.” (grifo nosso)

E por todo atacado, demonstra-se que a condução do processo licitatório corre em completo arrepio da lei, ferindo direitos tanto de particulares quanto em última análise da própria sociedade, que é a beneficiária direta de toda ação dos Entes Federativos.

V – DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR **“Do Efeito Suspensivo**

A concessão do efeito suspensivo é medida que se impõe, vez que como o certame ocorreu no dia 15/08

Forçoso reconhecer que a própria Administração Pública restará prejudicada ante aos gastos irregulares das verbas públicas, secundariamente a população, que, por não ter sido alcançada a proposta mais vantajosa, presenciará a ineficiência na utilização dos repasses de recursos públicos.

Assim, plenamente presente os requisitos ensejadores para concessão do efeito suspensivo, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* caracteriza-se pela iminência da assinatura de contrato que tornar qualquer decisão ulterior tardia em razão da demora.

É notório que dentre outras coisas, este Egrégio Tribunal tem como missão *“cumprir seus objetivos constitucionais e legais, de forma a assegurar que a ação administrativa da União se efetive com observância dos princípios da legalidade, economicidade e legitimidade e incentivar a prática da orientação e da prevenção como forma de concorrer para a redução das irregularidades dos atos administrativos sob sua alçada.”*

E, diante dessa maravilhosa premissa é que reside a insistência da Requerente em que esse E. Tribunal se pronuncie a respeito das irregularidades mencionadas, de modo que a decisão não sirva apenas como cunho reparador especificamente do processo em comento, mas para que também passe a servir de orientação futura a seus Administrados, a fim de evitar que os mesmos concorram em práticas irregulares.

VI – DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer se digne Vossa Exa., o mais breve possível, tendo vista que o certame já ocorreu no dia 15/08/2019, a:

1. Receber a matéria desta representação com suspensão liminar do procedimento licitatório em epígrafe, bem como notificar a Autoridade Administrativa para prestar as informações legais, tempestivamente, no endereço: Setor de Licitações da Prefeitura Municipal de Amparo, localizada na Rua Bernadino de Campos, 705 Paço Municipal Amparo Sp

2. Seja examinada a legalidade e motivação dos atos praticados pelo pregoeiro na inabilitação da Denunciante, bem como na condução do processolicitatório.
3. Seja solicitada junto ao órgão licitante cópia do edital de licitação publicado e demais documentos para o devido exame, e após a sua análise, seja dado provimento a representação, para que seja revista a decisão que inabilitou a DENUNCIANTE, devendo o ser anulados todos os atos posteriores declarando a MS FREITAS como habilitada e vencedora do item 1, e reaberta o certame na fase competitiva dos demais itens.
4. Caso o certame já tenha ocorrido, determine sua suspensão até a decisão final acerca das irregularidades apontadas. Determine ainda a publicação do Edital corrigido, com divulgação de nova data para realização do certame, no prazo máximo de 30 dias a contar da data da decisão desta Egrégia Corte;

Termos em que,
Pede Deferimento.

CAMPINAS, 21 de agosto de 2019.

MS FREITAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS ME
ANSELMO S. RIBAS
OAB/SP 193321