



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR COORDENADOR DO COMITÊ DAS
ATIVIDADES DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DA AMAZÔNIA
(CAPDA) DA SUPERINTÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS

Chamamento Público nº 001/2018

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS/SUFRAMA SEPRO/CGLOG	
05 ABR 2018	
Nº Processo (NUP): 527/10	4732 2018 01
Servidor:	
Matricula:	

FUNDAÇÃO

AMAZONAS

SUSTENTÁVEL, fundação privada, inscrita no CNPJ sob o nº 09.351.359/0001-88, com sede no endereço Rua Álvaro Braga, nº 351, bairro Parque 10, Manaus/AM, CEP nº 69.055-660, vêm perante Vossa Excelência, com o devido acato e respeito, por intermédio de seus advogados que juntarão instrumento de mandato em momento oportuno (art. 5º, §1º do EOAB e art. 104, §1º, do CPC/2015), com o escritório profissional na Rua dos Angelins, n. 285, Conjunto Kyssia, Dom Pedro, onde receberá citações e intimações necessárias, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão de **DESCLASSIFICAÇÃO** da Proposta B, conforme aviso nº 5/2018-SAP de 28/03/2018, no âmbito do Edital CAPDA nº1/2018 (ETAPA I) pelos motivos a seguir expostos.



1. DA SÍNTESE PROCESSUAL;

Trata-se de Chamamento Público conduzido por órgão da SUFRAMA – autarquia da União sujeita a regime de Direito Público – com fito de selecionar instituição de ensino, pesquisa e desenvolvimento ou fundação de amparo à pesquisa para posterior celebração de Termo de Colaboração cujo objeto é a coordenação técnica, administrativa e financeira do “Programa Prioritário de BIOECONOMIA” relacionado à aplicação dos recursos públicos decorrentes dos benefícios da Zona Franca de Manaus.

Esse certame – de natureza eminentemente competitiva – é regido por todas as normas atinentes à Administração Pública e de certames de natureza competitiva, além de, em específico, as Resoluções nº 3 e 4 de 2017 do CAPDA; Lei nº 8.387/1991, Decreto nº 6.008/2006 e Lei nº 13.019/2014 e o Decreto nº 8.726/2016.

O edital do Chamamento Público fora publicado em 05/02/2018.

Em resumo, previu como documentos a serem apresentados no ato de inscrição:

5. APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

5.1. O PROPONENTE, RESPONSÁVEL PELA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA, DEVE SER OBRIGATORIAMENTE O RESPONSÁVEL OU REPRESENTANTE LEGAL DA IEPI OU FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA IDENTIFICADA NO CREDENCIAMENTO, DEVENDO ESTAR MUNIDO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO, INCLUSIVE CÓPIA AUTENTICADA DA PROCURAÇÃO EM CASO DE REPRESENTANTE.



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

5.2. A IEPD OU FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA INTERESSADA NO ATO DA INSCRIÇÃO AO PROCESSO SELETIVO DEVERÁ APRESENTAR:

I - FORMULÁRIO DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA PREENCHIDO, CONFORME ANEXOS I-A, I-B E I-C;

II - PLANO DE TRABALHO, QUE INCLUA UM PORTFÓLIO DE PROJETOS DE APLICAÇÃO DE RECURSOS DENTRO DE UMA MESMA ÁREA TEMÁTICA, E COM NO MÍNIMO OS SEGUINTE ITENS:

- A) CONTEXTUALIZAÇÃO E JUSTIFICATIVA;
- B) OBJETIVOS GERAL E ESPECÍFICOS DO PROGRAMA PRIORITÁRIO; E
- C) METAS – DESCRIÇÃO E AÇÕES PARA ATINGI-LAS.

III - OS SEGUINTE DOCUMENTOS:

- A) CÓPIA DO ESTATUTO SOCIAL ATUALIZADO DA ENTIDADE, PODENDO VIR A SER EXIGIDA A AUTENTICAÇÃO DA CÓPIA SE EXISTIR DÚVIDA FUNDADA QUANTO À AUTENTICIDADE (ART. 9º DO DECRETO Nº 9.094, DE 17 DE JULHO DE 2017);
- B) RELAÇÃO NOMINAL ATUALIZADA DOS DIRIGENTES DA ENTIDADE, COM CADASTRO DE PESSOAS FÍSICAS – CPF;
- C) DECLARAÇÃO DO DIRIGENTE DA ENTIDADE ACERCA DE QUE NÃO EMPREGA MENOR DE 18 ANOS EM TRABALHO NOTURNO, PERIGOSO OU INSALUBRE E DE MENOR DE 16 ANOS, SALVO NA CONDIÇÃO DE APRENDIZ, A PARTIR DE 14 ANOS;
- D) PROVA DE INSCRIÇÃO DA INSTITUIÇÃO NO CADASTRO NACIONAL DE PESSOAS JURÍDICAS – CNPJ;
- E) COMPROVANTE DA RECONHECIDA ATUAÇÃO DA INSTITUIÇÃO NA ÁREA DE BIOECONOMIA, MEDIANTE DEMONSTRAÇÃO DE EXPERIÊNCIA PRÉVIA NA REALIZAÇÃO, COM EFETIVIDADE, DO OBJETO DO PROGRAMA PRIORITÁRIO OU DE NATUREZA SEMELHANTE.

Os documentos supramencionados deveriam ser divididos em três envelopes:

I - ENVELOPE 1 CONTENDO O ANEXO I-A PREENCHIDO, BEM COMO OS DOCUMENTOS



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

ENUMERADOS NO ITEM 5.2, III, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, A;

II - ENVELOPE 2 CONTENDO O ANEXO I-B PREENCHIDO E O PLANO DE TRABALHO DE QUE TRATA O ITEM 5.2, II, E DE MÍDIA CONTENDO TODOS OS DOCUMENTOS ENTREGUES EM MEIO FÍSICO, EM FORMATO PDF, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO TÉCNICA JULGADORA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, B; E

III - ENVELOPE 3 CONTENDO TODOS OS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS NO ENVELOPE 2, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, A.

Vale ressaltar que os envelopes foram entregues simultaneamente em sessão única e a única menção à entrega de documentos em meio digital (em formato .pdf) é o envelope 2, inexistindo qualquer previsão sobre onde iriam os documentos dos envelopes nº 1 e 3 em mídia digital e formato .pdf.

O Edital previu que esses envelopes seriam entregues e assinados em SESSÃO PÚBLICA, onde não poderia ocorrer a identificação dos envelopes participantes do certame:

6.1.2. A COMISSÃO TÉCNICA JULGADORA NÃO TERÁ ACESSO ÀS IDENTIFICAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES INTERESSADAS.

Posteriormente, ao analisar o ENVELOPE 2 dos concorrentes, a COMISSÃO TÉCNICA desclassificou as propostas “a”, “b” e “c” pelo mesmo motivo, isto é, todos entregaram TODOS OS DOCUMENTOS em mídia digital conforme previsto explicitamente no item 5.3.II, conforme a Nota Técnica nº 9/2018/COATE/GCTEC/SAP:



5. ANÁLISE

5.1. AS AVALIAÇÕES TIVERAM COMO BASE AS PROPOSTAS ENCAMINHADAS, QUE NO CASO FORAM 5 (CINCO), SENDO NUMERADAS DE "A" ATÉ "E".

5.2. OS ENVELOPES FORAM ABERTOS PELOS MEMBROS DA COMISSÃO TÉCNICA, UTILIZANDO-SE COMO BASE PARA A ANÁLISE OS DOCUMENTOS RELACIONADOS ÀS MÍDIAS DIGITAIS CONSTANTES EM CADA ENVELOPE.

5.3. PERCEBEU-SE, ENTÃO, QUE AS 3 (TRÊS) PRIMEIRAS PROPOSTAS ESTAVAM IDENTIFICADAS (PROPOSTAS "A", "B" E "C") PELOS MOTIVOS EXPOSTOS A SEGUIR:

5.4. A PROPOSTA "A" EM SUA MÍDIA TRAZIA TODOS OS DOCUMENTOS RELACIONADOS AS ETAPAS I, II E III, O QUE PERMITIU, QUANDO DA ABERTURA DO ARQUIVO, SABER QUAL INSTUIÇÃO HAVIA SUBMETIDO AQUELA PROPOSTA.

5.5. A PROPOSTA "B" TROUXE DOCUMENTOS EM SUA MÍDIA DIGITAL QUE NÃO ERAM RELACIONADOS AO ENVELOPE 2, O QUE PERMITIU TAMBÉM A IDENTIFICAÇÃO DA PROPONENTE E, CONSEQUENTEMENTE, A SUA DESCLASSIFICAÇÃO DO CERTAME.

5.6. A PROPOSTA "C" TROUXE DOCUMENTOS QUE DIZEM RESPEITO A TODAS AS ETAPAS DO EDITAL (ETAPAS I, II E III) O QUE, DA MESMA MANEIRA QUE OCORREU COM AS DUAS PRIMEIRAS PROPOSTAS, PERMITIU A IDENTIFICAÇÃO DA PROPOSTA, HAVENDO, ASSIM, A SUA DESCLASSIFICAÇÃO DO CERTAME.

Dessa forma, desclassificou-se as propostas "a", "b" e "c" pela suposta infringência do princípio da impessoalidade por terem entregado todos os documentos em mídia digital no envelope dois, classificando as propostas "d" e "e".

Ocorre que tal decisão não pode prosperar conforme será demonstrado a seguir.

8



2. DOS FATOS;

Cumpra destacar, inicialmente, que o Edital é claro ao explicitamente prever que o envelope 2 deveria conter “todos os documentos entregues em meio físico em formato .pdf”:

- I - ENVELOPE 1 CONTENDO O ANEXO I-A PREENCHIDO, BEM COMO OS DOCUMENTOS ENUMERADOS NO ITEM 5.2, III, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, A;
- II - ENVELOPE 2 CONTENDO O ANEXO I-B PREENCHIDO E O PLANO DE TRABALHO DE QUE TRATA O ITEM 5.2, II, E DE MÍDIA CONTENDO TODOS OS DOCUMENTOS ENTREGUES EM MEIO FÍSICO, EM FORMATO PDF, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO TÉCNICA JULGADORA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, B; E
- III - ENVELOPE 3 CONTENDO TODOS OS DOCUMENTOS COMPROBATORIOS DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS NO ENVELOPE 2, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, A.

Note-se que (i) não há qualquer dúvida interpretativa sobre a literalidade do enunciado quando refere que TODOS os documentos entregues em meio físico deveriam ser entregues no envelope 2; (ii) inexistente no corpo de todo o edital qualquer regra que excepcione a expressão “todos” contida no item II supramencionado; (iii) não há previsão ao longo do edital que preveja a inclusão da mídia digital dos envelopes 1 e 3 de outra forma, inclusive dentro dos próprios envelopes; (iv) a MAIORIA dos participantes (3 de 5) interpretou o edital dessa forma, entregando todos os documentos em mídia digital no envelope 2 das propostas “a”, “b” e “c”.

S



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

Dessa forma, inexistia dúvida acerca da validade do item II supramencionado e da necessidade de se entregar TODOS os documentos entregues em meio físico dentro do envelope 2 por mídia digital em formato .pdf.

Assim, não só o RECORRENTE, mas outros dois concorrentes – em um total de cinco – entregaram toda a documentação em mídia digital no envelope 2, conforme demanda a literalidade do Edital.

Dessa forma, nada mais surpreendente do que a DESCCLASSIFICAÇÃO das propostas do RECORRENTE em razão de tão somente cumprir a literalidade do Edital que determinou a entrega de TODOS os documentos no Envelope 2.

Além disso, o Edital previu a impossibilidade de se identificar as instituições interessadas no ato de entrega de envelopes:

6.1.2. A COMISSÃO TÉCNICA JULGADORA NÃO TERÁ ACESSO ÀS IDENTIFICAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES INTERESSADAS.

⊙ referido sigilo se daria através da identificação dos envelopes por signo alfabético, *i.e.*, através da inserção das letras “a”, “b”, “c”, etc nos envelopes.

Ocorre que a inserção das letras nos envelopes ocorreu em sessão pública logo após a apresentação dos envelopes pelos representantes legais dos concorrentes, de modo que, em verdade, era possível aos presentes na sessão a coligação dos concorrentes com as respectivas letras de seus envelopes.

Isso porque (i) havia um número pequeno de participantes, de somente 5 (cinco); (ii) os envelopes estavam em posse dos representantes legais das



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

concorrentes, que inclusive se identificaram durante a sessão; (iii) a numeração foi dada aos envelopes logo após saírem da mão dos representantes legais e em ordem sequencial, de modo que todos os presentes na sessão poderiam saber qual concorrente teve qual letra assignada.

Dessa forma, é possível se auferir que a metodologia adotada no certame não fora capaz de assegurar a IMPESSOALIDADE da análise das propostas, posto que esta possibilitou que todos os presentes na sessão pública tivessem ciência de quais letras foram assignadas aos 5 (cinco) participantes, de modo que era possível que a COMISSÃO TÉCNICA tivesse ciência a quem pertencia cada um dos envelopes.

Por fim, observa-se que os envelopes foram entregues lacrados à organização do certame e não foram abertos em sessão pública, mas em sessão fechada sem a presença dos concorrentes, além do que estes não rubricaram os documentos entregues por cada um dos concorrentes.

Diante dos fatos expostos, resta demonstrada a necessidade de reversão da decisão recorrida, pelos motivos a seguir expostos.

3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS;

3.1. DA INCIDÊNCIA DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO E DOS PRINCÍPIOS DA LEI Nº 13.019/2014;

Ab ovo, cumpre destacar que a SUFRAMA se configura como uma AUTARQUIA, que exercita FUNÇÃO ADMINISTRATIVA e, portanto, submetida a regime de direito administrativo¹ e a todas as sujeições impostas à Administração Pública².

¹ O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham. MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 29)



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

Essa afirmação não é despida de densidade normativa posto que sujeita a SUFRAMA – na qualidade de Administração Pública – a uma série de deveres inerentes à função administrativa. Esses se consubstanciam, em especial, em decorrência da não titularidade de seus agentes públicos que devem curá-los conforme os fins descritos em Lei, conforme lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“EM SUMA, O NECESSÁRIO - PARECE-NOS - É ENCARECER QUE NA ADMINISTRAÇÃO OS BENS E OS INTERESSES NÃO SE ACHAM ENTREGUES À LIVRE DISPOSIÇÃO DA VONTADE DO ADMINISTRADOR. ANTES, PARA ESTE, COLOCA-SE A OBRIGAÇÃO, O DEVER DE CURÁ-LOS NOS TERMOS DA FINALIDADE A QUE ESTÃO ADSTRITOS. É A ORDEM LEGAL QUE DISPÕE SOBRE ELA. RELEMBRE-SE QUE A ADMINISTRAÇÃO NÃO TITULARIZA INTERESSES PÚBLICOS.

O TITULAR DELES É O ESTADO, QUE, EM CERTA ESFERA, OS PROTEGE E EXERCITA ATRAVÉS DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA, MEDIANTE O CONJUNTO DE ÓRGÃOS (CHAMADOS ADMINISTRAÇÃO, EM SENTIDO SUBJETIVO OU ORGÂNICO), VEÍCULOS DA VONTADE ESTATAL CONSAGRADA EM LEI.” MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 32ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2015, P. 77)

Portanto, a Administração Pública é mero veículo da vontade estatal consagrada em Lei. Em síntese, cabe à Administração cumprir todas as normas legais previstas no regime de direito público, vinculando-se em especial à finalidade legal que institui suas prerrogativas e deveres.

² “No que respeita às relações com terceiros, a posição jurídica das autarquias, por serem pessoas de Direito Público, é equivalente à que corresponde à própria Administração direta, embora, evidentemente, restrita à índole e ao setor de atividade que lhes seja afeto. Donde pode-se dizer que, de um modo geral, desfrutam das mesmas prerrogativas genéricas, poderes e, reversamente, sujeições que vinculam o Estado.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 169)



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

Tal afirmação ganha relevância sob a perspectiva de que incumbe à Administração cumprir não somente as *regras jurídicas* previstas no ordenamento, mas também seus princípios. Sobre estes, afirma o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

"PRINCÍPIO É, POIS, POR DEFINIÇÃO, MANDAMENTO NUCLEAR DE UM SISTEMA, VERDADEIRO ALICERCE DELE, DISPOSIÇÃO FUNDAMENTAL QUE SE IRRADIA SOBRE DIFERENTES NORMAS, COMPONDO-LHES O ESPÍRITO E SERVINDO DE CRITÉRIO PARA EXATA COMPREENSÃO E INTELIGÊNCIA DELAS, EXATAMENTE PORQUE DEFINE A LÓGICA E A RACIONALIDADE DO SISTEMA NORMATIVO, CONFERINDO-LHE A TÔNICA QUE LHE DÁ SENTIDO HARMÔNICO". EIS PORQUE: "VIOLAR UM PRINCÍPIO É MUITO MAIS GRAVE QUE TRANSGREDIR UMA NORMA. A DESATENÇÃO AO PRINCÍPIO IMPLICA OFENSA NÃO APENAS A UM ESPECÍFICO MANDAMENTO OBRIGATÓRIO, MAS A TODO O SISTEMA DE COMANDOS. É A MAIS GRAVE FORMA DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME O ESCALÃO DO PRINCÍPIO VIOLADO, PORQUE REPRESENTA INSURGÊNCIA CONTRA TODO O SISTEMA, SUBVERSÃO DE SEUS VALORES FUNDAMENTAIS, CONTUMÉLIA IRREMISSÍVEL A SEU ARCABOUÇO LÓGICO E CORROSÃO DE SUA ESTRUTURA MESTRA". (MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 32ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2015, P. 54)

Assim, deve-se ter como premissa teórica da análise do presente recurso a adscrição da SUFRAMA aos princípios jurídicos. Em especial, aos princípios gerais inerentes à Administração Pública em todas as suas manifestações, assim elencados pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

"UMA VEZ QUE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA É SUBORDINADA À LEI, E FIRMADO QUE A ADMINISTRAÇÃO ASSIM COMO AS PESSOAS ADMINISTRATIVAS NÃO TÊM DISPONIBILIDADE SOBRE OS INTERESSES PÚBLICOS, MAS APENAS O DEVER DE CURÁ-LOS NOS TERMOS DAS



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

FINALIDADES PREDETERMINADAS LEGALMENTE, COMPREENDE-SE QUE ESTEJAM SUBMETIDAS AOS SEGUINTE PRINCÍPIOS:

- A) DA LEGALIDADE, COM SUAS IMPLICAÇÕES OU DECORRÊNCIAS; A SABER: PRINCÍPIOS DA FINALIDADE, DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA MOTIVAÇÃO E DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO;
- B) DA OBRIGATORIEDADE DO DESEMPENHO DE ATIVIDADE PÚBLICA E SEU COGNATO, O PRINCÍPIO DE CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO;
- C) DO CONTROLE ADMINISTRATIVO OU TUTELA;
- D) DA ISONOMIA, OU IGUALDADE DOS ADMINISTRADOS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO;
- E) DA PUBLICIDADE;
- F) DA INALIENABILIDADE DOS DIREITOS CONCERNENTES A INTERESSES PÚBLICOS;
- G) DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS."

Não obstante, além desses princípios gerais, a Administração Pública também deve – no presente caso – cumprir os princípios do chamamento público previstos no art. 2º, inc. XII, da Lei nº 13.019/2014:

ART. 2º PARA OS FINS DESTA LEI, CONSIDERA-SE:

XII - CHAMAMENTO PÚBLICO: PROCEDIMENTO DESTINADO A SELECIONAR ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL PARA FIRMAR PARCERIA POR MEIO DE TERMO DE COLABORAÇÃO OU DE FOMENTO, NO QUAL SE GARANTA A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA IGUALDADE, DA PUBLICIDADE, DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DOS QUE LHES SÃO CORRELATOS;



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

Além disso, a Lei nº 13.019/2014 também prevê implicitamente o princípio da **COMPETITIVIDADE**, através de seu art. 24, §2º³. Essa, ademais, é de sua própria natureza, por se tratar de procedimento competitivo cujo objetivo é a celebração de um ajuste (no caso, termo de colaboração) com a Administração Pública.

Trata-se, em verdade, de verdadeiro processo licitatório. Nesse teor é a magistral doutrina da Profa. Maria Silva Zanella di Pietro:

“A LEI Nº 13.019/2014 NÃO UTILIZOU O VOCÁBULO LICITAÇÃO PARA DESIGNAR O PROCEDIMENTO DE SELEÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL. FALOU EM CHAMAMENTO PÚBLICO, QUE NÃO DEIXA DE SER MODALIDADE DE LICITAÇÃO, REGIDA POR LEGISLAÇÃO PRÓPRIA. ATÉ OS PRINCÍPIOS IMPOSTOS AO PROCEDIMENTO, NO ART. 2º, INCISO XII, SÃO PRATICAMENTE OS MESMOS PREVISTOS NO ART. 3º DA LEI Nº 8.666, DE 21-6-1993, PARA A LICITAÇÃO”. (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 11ª Ed. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2017, P. 370)

Dessa forma, incumbe à SUFRAMA observar tanto os princípios atinentes à Administração Pública quanto os especificamente previstos no regramento do chamamento público.

Outrossim, não há de se falar em não incidência da Lei nº 13.019/2014, posto que o próprio Edital previu a referida vinculação em seu item 1.5:

³ Art. 24. Exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto.

§ 2º É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, admitidos:



1.5. PARA OS FINS DO PRESENTE CHAMAMENTO PÚBLICO, O PROCEDIMENTO DE SELEÇÃO REGER-SE-Á PELA LEI Nº 13.019, DE 31 DE JULHO DE 2014, PELO DECRETO 8.726, DE 27 DE ABRIL DE 2016, E, NO QUE COUBER, PELAS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 8.387, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991, DO DECRETO N.º 6.008, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2006, DA RESOLUÇÃO CAS Nº 71, DE 6 DE MAIO DE 2016, DA RESOLUÇÃO CAPDA Nº 3, DE 12 DE SETEMBRO DE 2017, DA RESOLUÇÃO CAPDA Nº 4, DE 12 DE SETEMBRO DE 2017, E NOS DEMAIS NORMATIVOS APLICÁVEIS, ALÉM DAS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS ESTABELECIDAS NESTE EDITAL DE CHAMAMENTO, QUE INCLUEM OS REQUISITOS RELATIVOS AO PROPONENTE, CRONOGRAMA, ORIGEM DOS RECURSOS, PRAZO DE EXECUÇÃO DOS PROJETOS, CRITÉRIOS DE ELEGIBILIDADE, CRITÉRIOS E PARÂMETROS OBJETIVOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS E DEMAIS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS.

Dessa feita, afirma-se como premissa básica da análise das irregularidades apontadas a necessidade da SUFRAMA se ater aos princípios da Administração Pública e estabelecidos na Lei nº 13.019/2014, sem a qual, esse chamamento público poderá sofrer controle pelo Poder Judiciário ou ainda pelo Tribunal de Contas da União.

3.2. DA INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA 5.3.II;

Conforme se extrai da análise dos autos, a RECORRENTE fora eliminada em razão de uma suposta violação à cláusula 5.3.II. Afirmou a comissão técnica na Nota Técnica nº 9/2018/COATE/GCTEC/SAP:

5. ANÁLISE

5.1. AS AVALIAÇÕES TIVERAM COMO BASE AS PROPOSTAS ENCAMINHADAS, QUE NO CASO FORAM 5 (CINCO), SENDO NUMERADAS DE "A" ATÉ "E".



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

5.2. OS ENVELOPES FORAM ABERTOS PELOS MEMBROS DA COMISSÃO TÉCNICA, UTILIZANDO-SE COMO BASE PARA A ANÁLISE OS DOCUMENTOS RELACIONADOS ÀS MÍDIAS DIGITAIS CONSTANTES EM CADA ENVELOPE.

5.3. PERCEBEU-SE, ENTÃO, QUE AS 3 (TRÊS) PRIMEIRAS PROPOSTAS ESTAVAM IDENTIFICADAS (PROPOSTAS "A", "B" E "C") PELOS MOTIVOS EXPOSTOS A SEGUIR:

(...)

5.5. A PROPOSTA "B" TROUXE DOCUMENTOS EM SUA MÍDIA DIGITAL QUE NÃO ERAM RELACIONADOS AO ENVELOPE 2, O QUE PERMITIU TAMBÉM A IDENTIFICAÇÃO DA PROPONENTE E, CONSEQUENTEMENTE, A SUA DESCLASSIFICAÇÃO DO CERTAME.

Ocorre que a cláusula 5.3.II do Edital é de clareza literal inafastável ao determinar que o CONCORRENTE inserisse todos os documentos em mídia digital no envelope 2:

I - ENVELOPE 1 CONTENDO O ANEXO I-A PREENCHIDO, BEM COMO OS DOCUMENTOS ENUMERADOS NO ITEM 5.2, III, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, A;

II - ENVELOPE 2 CONTENDO O ANEXO I-B PREENCHIDO E O PLANO DE TRABALHO DE QUE TRATA O ITEM 5.2, II, E DE MÍDIA CONTENDO TODOS OS DOCUMENTOS ENTREGUES EM MEIO FÍSICO, EM FORMATO PDF, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO TÉCNICA JULGADORA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, B; E

III - ENVELOPE 3 CONTENDO TODOS OS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS NO ENVELOPE 2, QUE FICARÁ SOB A GUARDA DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA DE QUE TRATA O ITEM 6.1, A.



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

O referido enunciado editalício deve ser interpretado pelo método literal. Esse seria, conforme afirma o prof. Roberto Barroso:

“TODA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DEVE PARTIR DO TEXTO DA NORMA, DA REVELAÇÃO DO CONTEÚDO SEMÂNTICA DAS PALAVRAS. PELA INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL – TAMBÉM DITA TEXTUAL, LITERAL, FILOLÓGICA, VERBAL, SEMÂNTICA – SE CUIDA DE ATRIBUIR SIGNIFICADOS AOS ENUNCIADOS LINGÜÍSTICOS DO TEXTO CONSTITUCIONAL. NA FORMULAÇÃO DE KARL LARENZ, ELA CONSISTE NA COMPREENSÃO DO SENTIDO POSSÍVEL DAS PALAVRAS, SERVINDO ESSE SENTIDO COMO LIMITE DA PRÓPRIA INTERPRETAÇÃO. A INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL É O MOMENTO INICIAL DO PROCESSO INTERPRETATIVO. O TEXTO DA LEI FORMA O SUBSTRATO DE QUE DEVE PARTIR E EM QUE DEVE REPOUSAR O INTÉRPRETE”. (BARROSO, LUÍS ROBERTO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. 7ª ED. SÃO PAULO: ED. SARAIVA, 2009. P. 131)

No caso em análise, o ÚNICO SENTIDO POSSÍVEL para o que está escrito no item 5.3.II é que TODOS OS DOCUMENTOS – sem qualquer exceção – deveriam ter sido juntados no documento.

Existem diversos elementos que atraem para esse entendimento:

- Não há qualquer dúvida interpretativa sobre a literalidade do enunciado quando refere que TODOS os documentos entregues em meio físico deveriam ser entregues no envelope 2;
- Inexiste no corpo de todo o edital qualquer regra que exceção a expressão “todos” contida no item II supramencionado;
- Não há previsão ao longo do edital que preveja a inclusão da mídia digital dos envelopes 1 e 3 de outra forma, inclusive dentro dos próprios envelopes;



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

- A MAIORIA dos participantes (3 de um total de 5) interpretou o edital dessa forma, entregando todos os documentos em mídia digital no envelope 2 das propostas “a”, “b” e “c”.

Ora, quando o texto se refere a “todos os documentos entregues em meio físico”, não há como o intérprete entender que devesse ressaltar parte dos “documentos entregues em meio físico”. Não ao menos diante da literalidade do texto.

Tais aspectos – coligados – indicam uma impossibilidade de se extrair qualquer outra interpretação dos elementos linguísticos contidos no item. Em síntese, não há como o intérprete ler o enunciado e extrair conclusão diversa baseado tão somente nos elementos linguísticos contidos no texto.

Nesse sentido, vale ressaltar que a atividade interpretativa pode ter uma função criativa, mas jamais poderá ultrapassar a compreensão linguística do texto. Não é em sentido diverso que entende o Prof. ROBERTO BARROSO:

“A MESMA LINGUAGEM QUE CONFERE ABERTURA AO INTÉRPRETE HÁ DE FIGURAR COMO LIMITE MÁXIMO DE SUA ATIVIDADE CRIADORA. AS PALAVRAS TÊM SENTIDOS MÍNIMOS QUE DEVEM SER RESPEITADOS, SOB O RISCO DE SE PERVERTER O SEU PAPEL DE TRANSMISSORAS DE IDEIAS E SIGNIFICADOS. É A INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL OU LITERAL QUE DELIMITA O ESPAÇO DENTRO DO QUAL O INTÉRPRETE VAI OPERAR, EMBORA ISSO POSSA SIGNIFICAR ZONAS HERMENÊUTICAS MUITO EXTENSAS”. (BARROSO, LUÍS ROBERTO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. 7ª ED. SÃO PAULO: ED. SARAIVA, 2009, p. 134)

Essa interpretação, ademais, é sufragada pelo Poder Judiciário não só nacional, como do mundo todo. Observa-se, *e.g.*, trecho de julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgerichts*):



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

"ÁTRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO NÃO SE PODE DAR A UMA LEI INEQUÍVOCA EM SEU TEXTO E EM SEU SENTIDO, UM SENTIDO OPOSTO; NÃO SE PODE DETERMINAR DE NOVO, NO FUNDAMENTAL, O CONTEÚDO NORMATIVO DA NORMA QUE HÁ DE SER INTERPRETADA; NÃO SE PODE FALTAR AO OBJETIVO DO LEGISLADOR EM UM PONTO ESSENCIAL". (BVERFGE, 11, 126 (130).

Trata-se daquilo que o prof. LENIO STRECK nomina como os LIMITES SEMÂNTICOS DA INTERPRETAÇÃO. Sobre os riscos de – por meio da interpretação – desfigurar-se o previsto no texto, assevera:

"DESDE HÁ MUITO TEMPO SUSTENTO QUE NÃO SE PODE DIZER QUALQUER COISA SOBRE QUALQUER COISA OU AINDA QUALQUER COISA QUE A CONSCIÊNCIA NOS IMPÕE. COM FRIEDRICH MÜLLER, VERIFICA-SE QUE O TEOR LITERAL DA NORMA APRESENTA-SE COMO ALGO IMPRESCINDÍVEL PARA O ESTADO DE DIREITO, ESPECIALMENTE DIANTE DO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL, ISTO É, O TEXTO NORMATIVO DETERMINARÁ OS EXTREMOS DE POSSÍVEIS VARIANTES DE SIGNIFICADO, ASSEGURANDO, POIS, OS LIMITES NECESSÁRIOS AO INTÉRPRETE.

PODE-SE DIZER, ASSIM, QUE O PROGRAMA DA NORMA SERÁ O CAMINHO PARA SE EVITAR A DISCRICIONARIEDADE, HAJA VISTA QUE, SE O MÉTODO COLOCAVA A LINGUAGEM EM UM PLANO SECUNDÁRIO (TERCEIRA COISA ENTRE O SUJEITO E OBJETO), MANIPULÁVEL PELO SUJEITO SOLIPSISTA, A INTERSUBJETIVIDADE QUE SE INSTAURA COM O LINGUISTIC TURN EXIGE QUE, NO INTERIOR DA PRÓPRIA LINGUAGEM, SEJA FEITO O NECESSÁRIO CONTROLE HERMENÊUTICO. DEVE-SE, POIS, LEVAR O TEXTO A SÉRIO, UMA VEZ QUE TAL CIRCUNSTÂNCIA COADUNA-SE PERFEITAMENTE COM AS CONSTITUIÇÕES NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX E CONFERE ESPECIAL ESPECIFICIDADE À INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

DE TODO MODO, MESMO HOJE, EM PLENA ERA DA TÃO FESTEJADA INVASÃO DA FILOSOFIA PELA LINGUAGEM, DE UM MODO OU DE OUTRO, CONTINUA-SE A REPRODUZIR O VELHO DEBATE "FORMALISMO-REALISMO". ASSIM, NA VERDADE, EM MUITOS CASOS, HÁ UMA MIXAGEM TEÓRICA ENTRE POSTURAS "FORMALISTAS" E "REALISTAS", ISTO É, POR VEZES, A "VONTADE DA LEI" E A "ESSÊNCIA DA LEI" SÃO BUSCADAS COM TODO O VIGOR; EM OUTRAS, PROCURA-SE PELA "VONTADE DO LEGISLADOR"; E FINALMENTE, QUANDO NENHUMA DAS DUAS ORIENTAÇÕES É "SUFICIENTE", PÕE-SE NO TOPO A "VONTADE DO PRÓPRIO INTÉRPRETE", COLOCANDO-SE, EM SEGUNDO PLANO, OS LIMITES SEMÂNTICOS DO TEXTO, FAZENDO SOÇOBRRAR ATÉ MESMO A CONSTITUIÇÃO. O RESULTADO DISSO É QUE AQUILO QUE COMEÇA COM UMA SUBJETIVIDADE "CRIADORA" DE SENTIDOS ACABA EM "DECISIONISMOS" E ARBITRARIEDADES INTERPRETATIVAS, ISTO É, EM UM "MUNDO JURÍDICO" EM QUE CADA UM INTERPRETA COMO (MELHOR) LHE CONVÉM." (STRECK, LENIO LUIZ. OS LIMITES SEMÂNTICOS E SUA IMPORTÂNCIA NA E PARA A DEMOCRACIA. REVISTA DA AJURIS. V. 41, N 135 (2014), P. 173-188.)

Dessa feita, conclui-se que a semântica do texto não permite interpretação diferente de que TODOS OS DOCUMENTOS ENTREGUES EM MEIO FÍSICO deveriam ter sido entregues em mídia digital e formato .pdf no ENVELOPE 2.

Dessa forma, inexistia dúvida acerca da validade do item II supramencionado e da necessidade de se entregar TODOS os documentos entregues em meio físico dentro do envelope 2 por mídia digital em formato .pdf.

Assim, não só o RECORRENTE, mas outros dois concorrentes – em um total de cinco – entregaram toda a documentação em mídia digital no envelope 2, conforme demanda a literalidade do Edital.



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
A D V O G A D O S

Ora, dos cinco concorrentes que participaram do certame, três interpretaram o edital em sua literalidade e somente dois (a minoria) não inseriram todos os documentos na mídia digital do envelope dois.

Dessa forma, nada mais surpreendente do que a DESCLASSIFICAÇÃO das propostas do RECORRENTE em razão de tão somente cumprir a literalidade do Edital que determinou a entrega de TODOS os documentos no Envelope 2.

Nesse ponto, deve-se trazer à baila o princípio da VINCULAÇÃO AO EDITAL, que traz dupla vinculação às partes: (i) A Administração, que não poderia modificar previsão editalícia sem lançar novo prazo hábil para que os concorrentes se adaptassem às mudanças e (ii) ao particular, que se obriga a cumprir o previsto no edital. O erro pelo particular, aqui, seria não entregar todos os documentos na mídia digital do envelope 2, violando o que a Administração previu explicitamente no Edital.

Não se está aqui a afirmar que a Administração Pública não *poderia* ter definido que a mídia digital contivesse somente os documentos entregues fisicamente no envelope 2 ou tampouco que na mídia não estivessem os documentos entregues no envelope 1 ou 3. Ocorre que – mesmo tendo ampla liberdade para fazê-lo – a SUFRAMA não a acrescentou no momento de publicação do Edital.

Ademais, também não se exclui a possibilidade de que a Administração objetivava que a mídia digital contivesse somente os documentos do envelope 2. Ocorre que, mesmo que tivesse a referida intenção, esta não se concretizou através da redação das cláusulas editalícias.

Ocorre que a interpretação do edital não pode se basear em elementos externos (qual era a intenção do Administrador ou o que é “melhor”), mas sim pelos elementos internamente previstos de forma escrita por meio do edital. Em suma, a conduta de se exigir conduta diversa da adotada pelo RECORRENTE sem renovação do



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

Edital constitui violação ao princípio da VINCULAÇÃO AO EDITAL pela Administração Pública. Nesse teor é a afirmação do prof. MARÇAL JUSTEN FILHO:

UMA VEZ REALIZADAS AS ESCOLHAS ATINENTES À LICITAÇÃO E AO CONTRATO, EXAURE-SE A DISCRICIONARIEDADE, QUE DEIXA DE SER INVOCÁVEL A PARTIR DE ENTÃO - OU, MAIS CORRETAMENTE, SE A ADMINISTRAÇÃO PRETENDER RENOVAR O EXERCÍCIO DESSA FACULDADE, ESTARÁ SUJEITA, COMO REGRA, A REFAZER TODA A LICITAÇÃO, RESSALVADAS AS HIPÓTESES DE INOVAÇÕES IRRELEVANTES PARA A DISPUTA.

COMO SE VERÁ ABAIXO, O ATO CONVOCATÓRIO POSSUI CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS E ANÔMALAS. ENQUANTO ATO ADMINISTRATIVO, NÃO SE SUJEITA INTEGRALMENTE AO PRINCÍPIO DA TEMPORALIDADE (O ATO POSTERIOR REVOGA O ANTERIOR). A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DISPÕE DA FACULDADE DE ESCOLHA, AO EDITAR O ATO CONVOCATÓRIO. PORÉM, NASCIDO TAL ATO, A PRÓPRIA AUTORIDADE FICA SUBORDINADA AO CONTEÚDO DELE. EDITADO O ATO CONVOCATÓRIO, O ADMINISTRADO E O INTERESSADO SUBMETEM-SE A UM MODELO NORTEADOR DE SUA CONDUTA.

TORNAM-SE PREVISÍVEIS, COM SEGURANÇA, OS ATOS A SEREM PRATICADOS E AS REGRAS QUE OS REGERÃO. ((JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 111))

Ora, o ato convocatório é explícito ao exigir "TODOS OS DOCUMENTOS ENTREGUES EM MEIO FÍSICO". Dessa forma, caso a Administração Pública intentasse modificar o previsto literalmente no Edital, deveria tê-lo feito através de sua modificação, e não desclassificando as propostas dos concorrentes que o cumpriram.

Diante do exposto, deve-se prover o presente Recurso a fim de que se evite a punição da RECORRENTE por ter cumprido a literalidade do disposto na cláusula nº 5.3.II a fim de que (a) seja reconsiderada a proposta da RECORRENTE,



afastando-se o suposto vício apontado na Nota Técnica ou (b) seja lançada nova versão do Edital, contendo a previsão de inclusão de somente os documentos físicos contidos no envelope II na mídia digital ou ainda (c) que seja facultado ao Recorrente a reapresentação de seu envelope 2 contendo nova mídia digital em conformidade com o definido pela comissão de seleção.

3.2.1. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. INTERPRETAÇÃO DÚBIA DA CLÁUSULA 5.3.II. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AOS CONCORRENTES;

Subsidiariamente, caso se entenda que a interpretação adotada pela COMISSÃO TÉCNICA é a correta, deve-se admitir ao menos que a redação adotada é dúbia, podendo-se entendê-la tanto no sentido adotado pela comissão técnica quanto pelo recorrente.

Tal fato se corrobora pelo fato de que dos cinco concorrentes, dois entenderam de um modo e três entenderam do outro.

Ocorre que, nesses casos, a jurisprudência dos Tribunais Pátrios e do próprio Tribunal de Contas da União é no sentido de que as cláusulas dúbias devem ser interpretadas em favor dos CONCORRENTES.

Isso se dá em razão dos fins do processo seletivo de (a) obter a melhor proposta para a Administração; (b) facultar a participação ao maior número possível de licitantes e (c) impossibilidade de se punir os participantes por um erro da Administração em redigir a cláusula dúbia.

Nesse teor é o julgado a seguir:



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

REMESSA NECESSÁRIA N° 0012438-46.2011.8.08.0011 REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM IMPETRANTE: EMPORIO CARD LTDA. EPP. AUTORIDADE COATORA: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM LITISCONSORTE PASSIVA: COMPROCARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. RELATOR: DES. SUBSTITUTO FÁBIO BRASIL NERY ACÓRDÃO REMESSA NECESSÁRIA. LICITAÇÃO. PREGÃO. SERVIÇO COMUM. MODALIDADE ADEQUADA. HABILITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. FALTA DE CLAREZA DO EDITAL. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO LICITANTE. . REMESSA CONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A MODALIDADE DE LICITAÇÃO ADOPTADA PELA MUNICIPALIDADE ATENDE OS REQUISITOS LEGAIS, UMA VEZ QUE SE DEFINIRAM, NO EDITAL, OS PADRÕES DE DESEMPENHO E QUALIDADE QUE SE ESPERA DA CONTRATAÇÃO, CARACTERIZANDO-SE COMO COMUM O SERVIÇO ALMEJADO, DE FORMA QUE A MODALIDADE PREGÃO É ADEQUADA AO CASO, NOS TERMOS DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 10.520/02. 2. A LIDE DA AÇÃO MANDAMENTAL NÃO SE RESTRINGE AO EDITAL, EM SI, MAS SIM À INTERPRETAÇÃO DADA A ESTE PELOS RESPONSÁVEIS PELO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. A CONTROVÉRSIA DIZ RESPEITO AOS TERMOS



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

'QUANTIDADE' E 'CONDICÕES' NO ITEM 8.7, 'A', DO
EDITAL DE LICITAÇÃO, OS QUAIS, DA FORMA EM
QUE FORAM REDIGIDOS, PERMITEM DIVERSAS
INTERPRETAÇÕES. 3. A PALAVRA 'QUANTIDADE'
PARECE TER A VER COM QUANTIDADE DE USUÁRIOS
A SEREM ATENDIDOS E NÃO QUANTIDADE DE
VALORES A SEREM ADMINISTRADOS. 4. QUANDO O
EDITAL NÃO É CLARO E DEIXA MARGEM A
INTERPRETAÇÕES DIVERSAS, É RAZOÁVEL QUE A
INTERPRETAÇÃO A SER CONSIDERADA DEVA SER
A MAIS FAVORÁVEL AO LICITANTE, SOBRETUDO
PORQUE PRESERVADO AQUI O INTERESSE
PÚBLICO. PRECEDENTES. 5. O ATESTADO DE FLS.
272 (QUE É PLENAMENTE VÁLIDO QUANTO À
VIGÊNCIA DO CONTRATO QUE ATESTA), É APTO A
DEMONSTRAR A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO
IMPETRANTE, HAJA VISTA QUE O OBJETO DA
LICITAÇÃO QUE SE DISCUTE PRESCREVE QUE
DEVERÃO SER ATENDIDOS 3.400 (TRÊS MIL E
QUATROCENTOS) USUÁRIOS, SENDO QUE O OBJETO
DO CONTRATO DESCRITO NO ATESTADO VISOU O
ATENDIMENTO DE CERCA DE DUAS VEZES O
EXIGIDO (6.200 - SEIS MIL E DUZENTOS - USUÁRIOS).
5. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA, PARA
MANTER INTEGRALMENTE O COMANDO
SENTENCIAL. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS,
ESTES AUTOS EM QUE ESTÃO AS PARTES ACIMA
INDICADAS. ACORDA A EGREGIA SEGUNDA
CÂMARA CÍVEL, NA CONFORMIDADE DA ATA E
NOTAS TAQUIGRÁFICAS QUE INTEGRAM ESTE
JULGADO, À UNANIMIDADE DE VOTOS, CONHECER



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

DA REMESSA NECESSÁRIA, PARA NEGAR-LHE SEGUIMENTO, MANTENDO EM TODOS OS SEUS TERMOS A SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA À IMPETRANTE, NOS TERMOS DO VOTO PROFERIDO PELO E. RELATOR. VITÓRIA, 11 DE NOVEMBRO DE 2014. DES. PRESIDENTE DES. RELATOR

(TJ-ES - REMESSA NECESSÁRIA: 00124384620118080011, RELATOR: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, DATA DE JULGAMENTO: 11/11/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/11/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA Nº 001/2014. SELEÇÃO DE PROFISSIONAIS PARA OUTORGA DE PERMISSÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE VITÓRIA. TÁXI. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE PROCESSOS CRIMINAIS EMITIDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL. REDAÇÃO SUSCSTÍVEL DE MAIS DE UMA INTERPRETAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO ABRANGENDO APENAS A COMARCA DE VIÓRIA. ELIMINAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. POSTERIOR APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO DE TODAS AS COMARCAS. FINALIDADE ATENDIDA.



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR. RECURSO PROVIDO. 1) HAVENDO MARGEM PARA DÚVIDAS NA COMPREENSÃO DA DISPOSIÇÃO EDITALÍCIA RELATIVA À FASE HABILITATÓRIA DA LICITAÇÃO, DEVE SER PRIVILEGIADA A INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CANDIDATO. PRECEDENTES. 2) NÃO É RAZOÁVEL A ELIMINAÇÃO DO LICITANTE, NA FASE DE HABILITAÇÃO DO PROCESSO DE SELEÇÃO DE PESSOAS FÍSICAS PARA OUTORGA DE PERMISSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS (TÁXI) NO MUNICÍPIO DE VITÓRIA, POR TER APRESENTADO CERTIDÃO NEGATIVA DE PROCESSOS CRIMINAIS QUE CONTEMPLA APENAS A COMARCA DE VITÓRIA, UMA VEZ QUE O EDITAL NÃO É SUFICIENTEMENTE CLARO NO SENTIDO DE QUE A REFERIDA CERTIDÃO NEGATIVA DEVERIA ABRANGER TODAS AS COMARCAS DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO. 3) ADEMAIS, A ENTREGA, AINDA QUE TARDIA, DA CERTIDÃO TIDA COMO CORRETA, DEMONSTRA A BOA-FÉ DO LICITANTE E O ATENDIMENTO DA FINALIDADE DA REGRA EDITALÍCIA. 4) RECURSO PROVIDO. ACORDA A EGRÉGA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, EM CONFORMIDADE DA ATA E NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA SESSÃO, QUE INTEGRAM ESTE JULGADO, À UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

VITÓRIA, 15 DE SETEMBRO 2015.

DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DESEMBARGADOR RELATOR (TJ-ES - AI:



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

00173613720158080024, RELATOR: JOSÉ PAULO
CALMON NOGUEIRA DA GAMA, DATA DE
JULGAMENTO: 15/09/2015, SEGUNDA CÂMARA
CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 23/09/2015)

Essa ainda é a posição do Tribunal de Contas da União:

FISCOBRAS 2011. RELATÓRIO DE
AUDITORIA. FUNASA. MUNICÍPIO DE
PLÁCIDO DE CASTRO/AC. IMPLANTAÇÃO
DAS OBRAS DE DRENAGEM PARA O
CONTROLE DA MALÁRIA TERMO DE
COMPROMISSO 253/2007. PROGRAMA DE
ACELERACAO DO CRESCIMENTO - PAC.
CONCORRÊNCIA PÚBLICA.
DESCCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTAS POR
FALHAS FORMAIS, IRRELEVANTES.
RESCISÃO DO CONTRATO 5.04.2009.050-B.
AUSÊNCIA DE DÉBITO. AFRONTA AOS
PRINCÍPIOS DO FORMALISMO MODERADO,
DA ECONOMICIDADE, DA
PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE,
DA MORALIDADE E DA PROIBIDADE
ADMINISTRATIVA. MULTA A DIVERSOS
RESPONSÁVEIS. PEDIDOS DE REEXAME
INTERPOSTOS POR VÁRIOS RESPONSÁVEIS.
PROVIMENTO APENAS DO PEDIDO DE
REEXAME DA SRA. PRISCILA DA SILVA
MELO, MEMBRO DA CPL-01, POR ERROR IN
PROCEDENDO. RETORNO DOS AUTOS À
UNIDADE TÉCNICA PARA NOVA



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

AUDIÊNCIA. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA
REJEITADAS. MULTA (TCU 01112120114,
RELATOR: WALTON ALENCAR RODRIGUES,
DATA DE JULGAMENTO: 25/11/2015)

Em especial, definiu a Corte de Contas da União:

11.7 CONSTATA-SE QUE HÁ UMA CONTRADIÇÃO NO ITEM XIII DO EDITAL, POIS ENQUANTO O SEU SUBITEM 13.1, ALÍNEA H, ADUZ QUE A NÃO INDICAÇÃO NO CONJUNTO DE COMPOSIÇÕES DE CUSTOS UNITÁRIOS DE QUALQUER INSUMO OU COMPONENTE NECESSÁRIO PARA A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONFORME PROJETADOS SIGNIFICA TACITAMENTE QUE SEU CUSTO ESTÁ DILUÍDO PELOS DEMAIS ITENS COMPONENTES DOS CUSTOS UNITÁRIOS, O SEU SUBITEM 13.4, ALÍNEA K CONSIGNA QUE A NÃO APRESENTAÇÃO DAS PLANILHAS DE COMPOSIÇÃO DE CUSTO UNITÁRIO DOS SERVIÇOS MÃO DE OBRA E MATERIAIS, QUE SERVIRAM DE BASE PARA COMPOR OS PREÇOS UNITÁRIOS INTEGRANTES, OCASIONARÁ A DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA.

13.8.10. **ORA, HAVENDO CONTRADIÇÃO NO EDITAL, DEVER-SE-IA TER ADOTADO A INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO LICITANTE, COM O ESCOPO DE NÃO PENALIZÁ-LO POR ERRO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, COMO OCORREU NO CASO EXAMINADO. TAL ENTENDIMENTO RESULTA DO FATO DE QUE AS NORMAS QUE REGULAM AS LICITAÇÕES DEVEM SER INTERPRETADAS DE MANEIRA QUE PROPICIEM A AMPLIAÇÃO DA DISPUTA, SEM QUE, CONTUDO, COMPROMETAM A ISONOMIA, A FINALIDADE E A SEGURANÇA DA CONTRATAÇÃO (ACÓRDÃOS 1.162/2006, 536/2007 E 1.046/2008 DO PLENÁRIO DO TCU), O QUE POSSIBILITARÁ A AQUISIÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO (ACÓRDÃO 1.734/2009-PLENÁRIO DO TCU)!**

11.8 ADEMAIS, NO JULGAMENTO DA LICITAÇÃO DEVE-SE OBEDENCIA NÃO APENAS ÀS REGRAS FORMAIS EDITALÍCIAS, MAS SOBRETUDO AOS PRINCÍPIOS MOTORES QUE REGEM ESSE TIPO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, ENTRE OS QUAIS DESPONTAM A BUSCA DA



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
A D V O G A D O S

PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, A MORALIDADE, A PROIBIDADE, A PROPORCIONALIDADE, A RAZOABILIDADE E O FORMALISMO MODERADO. NO CASO EM EXAME, CONTUDO, PREFERIU-SE O APEGO DEMASIADO À FORMA EM DETRIMENTO DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO EDITAL, DA LEI 8.666/93 E DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS DISPUTAS PÚBLICAS, ADOTANDO-SE MEDIDA EM DESCOMPASSO COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, MANIFESTANDO-SE DESARRAZOADA E CONTRÁRIA AO INTERESSE PÚBLICO.

Destaca-se, conforme os julgados acima, que o RECORRENTE não está à mercê do arbítrio da Administração Pública ou ser induzido a erro pela redação e, portanto, não pode ser prejudicado em razão da ausência de clarificação do enunciado, conforme lição de AGUSTÍN GORDILLO:

" (...) O ÓRGÃO QUE DESEMPEÑA O EXERCÍCIO DE UMA POTESTADE PÚBLICA UTILIZA-A COM MÁ-FÉ, USANDO SUBTERFÚGIOS OU ARTIMANHAS - POR AÇÃO OU OMISSÃO, INCLUSIVE O SILÊNCIO - PARA LEVAR A ENGANO OU A ERRO UM ADMINISTRADO; TAL TIPO DE CONDUTA É, POR CERTO, INCOMPATÍVEL COM O QUE DEVE SER O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E É TAMBÉM ILEGÍTIMA, AINDA QUE A FACULDADE QUE NO CASO SE EXERÇA SEJA DISCRICIONÁRIA." (GORDILLO, AGUSTÍN. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PÚBLICO. TRAD. MARCO AURÉLIO GRECCO. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1977, P. 186)

Dessa forma, em razão da dubiedade da cláusula 5.3. do Edital sobre quais documentos deveriam estar contidos no envelope 2, deve-se interpretar favoravelmente aos concorrentes, no sentido de permitir a participação de todos os licitantes, seja os que interpretaram o edital conforme entendimento da comissão de seleção, quanto os que o interpretaram conforme a literalidade da cláusula, como é o caso do RECORRENTE.



3.3.DA NULIDADE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO RECORRENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA (I) RAZOABILIDADE, (II) PROPORCIONALIDADE, (III) BOA-FÉ OBJETIVA, (IV) MORALIDADE, (V) FINALIDADE, (VI) ISONOMIA, (VII) COMPETITIVIDADE, (VIII) VANTAJOSIDADE, (IX) PROTEÇÃO À CONFIANÇA E (X) CONVALIDAÇÃO DOS ATOS SANÁVEIS;

Caso não sejam acolhidos os argumentos acima esposados e mantenha-se válida a interpretação adotada pela COMISSÃO TÉCNICA sobre a cláusula 5.3.II, afastando a interpretação do RECORRENTE, ainda assim deve-se reformar a decisão de desclassificação de sua proposta.

Isso porque, em que pese a suposta violação de regra editalícia, a desclassificação do RECORRENTE viola uma série de princípios inerentes à atividade administrativa, conforme será abaixo demonstrado.

Nesse sentido, rememore-se que, além das regras editalícias, incumbe à Administração Pública cumprir também os princípios normativos previstos no ordenamento jurídico. Nesse teor, demonstra-se salutar transcrever novamente a citação do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

"PRINCÍPIO É, POIS, POR DEFINIÇÃO, MANDAMENTO NUCLEAR DE UM SISTEMA, VERDADEIRO ALICERCE DELE, DISPOSIÇÃO FUNDAMENTAL QUE SE IRRADIA SOBRE DIFERENTES NORMAS, COMPONDO-LHES O ESPÍRITO E SERVINDO DE CRITÉRIO PARA EXATA COMPREENSÃO E INTELIGÊNCIA DELAS, EXATAMENTE PORQUE DEFINE A LÓGICA E A



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

RACIONALIDADE DO SISTEMA NORMATIVO, CONFERINDO-LHE A TÔNICA QUE LHE DÁ SENTIDO HARMÔNICO". EIS PORQUE: "VIOLAR UM PRINCÍPIO É MUITO MAIS GRAVE QUE TRANSGREDIR UMA NORMA. A DESATENÇÃO AO PRINCÍPIO IMPLICA OFENSA NÃO APENAS A UM ESPECÍFICO MANDAMENTO OBRIGATÓRIO, MAS A TODO O SISTEMA DE COMANDOS. É A MAIS GRAVE FORMA DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME O ESCALÃO DO PRINCÍPIO VIOLADO, PORQUE REPRESENTA INSURGÊNCIA CONTRA TODO O SISTEMA, SUBVERSÃO DE SEUS VALORES FUNDAMENTAIS, CONTUMÉLIA IRREMISSÍVEL A SEU ARCABOUÇO LÓGICO E CORROSÃO DE SUA ESTRUTURA MESTRA". (MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 32ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2015, P. 54)

Inicialmente, cumpre destacar que todos os atos administrativos devem cumprir o postulado da razoabilidade. Esse seria:

"UM PARÂMETRO DE VALORAÇÃO DOS ATOS DO PODER PÚBLICO PARA AFERIR SE ELES ESTÃO INFORMADOS PELO VALOR SUPERIOR INERENTE A TODO ORDENAMENTO JURÍDICO: A JUSTIÇA. SENDO MAIS FÁCIL DE SER SENTIDO DO QUE CONCEITUADO, O PRINCÍPIO SE DILUI EM UM CONJUNTO DE PROPOSIÇÕES QUE NÃO O LIBERTAM DE UMA DIMENSÃO EXCESSIVAMENTE SUBJETIVA. É RAZOÁVEL O QUE SEJA CONFORME À RAZÃO, SUPONDO EQUILÍBRIO, MODERAÇÃO E HARMONIA; O QUE NÃO SEJA ARBITRÁRIO OU CAPRICHOSO; O QUE CORRESPONDA AO SENSO COMUM, AOS VALORES VIGENTES EM DADO MOMENTO OU LUGAR". (BARROSO, LUÍS ROBERTO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. 7ª ED. SÃO PAULO: ED. SARAIVA, 2009, P. 230/231)

Tal razoabilidade se concretizaria por meio do princípio da PROPORCIONALIDADE que seria:



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

"A DOCTRINA - TANTO LUSITANA QUANTO BRASILEIRA - QUE SE ABEBERA NO CONHECIMENTO JURÍDICO PRODUZIDO NA ALEMANHA REPRODUZ E ENDOSSA ESSA TRÍPLICE CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, COMO É MAIS COMUMENTE REFERIDO PELOS AUTORES ALEMÃES. ASSIM É QUE DELE SE EXTRAEM OS REQUISITOS (A) DA ADEQUAÇÃO, QUE EXIGE QUE AS MEDIDAS ADOTADAS PELO PODER PÚBLICO SE MOSTREM APTAS A ATINGIR OS OBJETIVOS PRETENDIDOS; (B) DA NECESSIDADE OU EXIGIBILIDADE, QUE IMPÕE A VERIFICAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE MEIO MENOS GRAVOSO PARA ATINGIMENTO DOS FINS VISADO; E (C) DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, QUE É A PONDERAÇÃO ENTRE O ÔNUS IMPOSTO E O BENEFÍCIO TRAZIDO, PARA CONSTATAR SE É JUSTIFICÁVEL A INTERFERÊNCIA NA ESFERA DOS DIREITOS DOS CIDADÃOS". (BARROSO, LUÍS ROBERTO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. 7ª ED. SÃO PAULO: ED. SARAIVA, 2009, P. 235)

Assim, observa-se que a razoabilidade/proporcionalidade, em suma, sujeitam o ato administrativo a uma análise - mesmo que este não descumpra qualquer regra explícita - em relação ao fim pelo qual foi estabelecido. Assim o afirma o professor BARROSO:

"A ATUAÇÃO DO ESTADO NA PRODUÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS NORMALMENTE FAR-SE-Á DIANTE DE CERTAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS; SERÁ DESTINADA À REALIZAÇÃO DE DETERMINADOS FINS, A SEREM ATINGIDOS PELO EMPREGO DE DETERMINADOS MEIOS. DESSE MODO, SÃO FATORES INVARIAVELMENTE PRESENTES EM TODA AÇÃO RELEVANTE PARA A CRIAÇÃO DO DIREITO: OS MOTIVOS (CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO), OS FINS E OS MEIOS. ALÉM DISSO, HÁ DE SE TOMAR EM CONTA, TAMBÉM, OS VALORES FUNDAMENTAIS DA ORGANIZAÇÃO ESTATAL, EXPLÍCITOS OU IMPLÍCITOS, COMO A ORDEM, A SEGURANÇA, A PAZ, A SOLIDARIEDADE; EM ÚLTIMA ANÁLISE, A JUSTIÇA. A RAZOABILIDADE É,

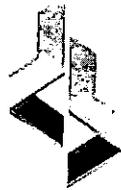


BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

PRECISAMENTE, A ADEQUAÇÃO DE SENTIDO QUE DEVE HAVER ENTRE ESSES ELEMENTOS".
(BARROSO, LUÍS ROBERTO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. 7ª ED.
SÃO PAULO: ED. SARAIVA, 2009, P. 232)

Nesse sentido, percebe-se que a razoabilidade/proporcionalidade possuem estreita relação – quando aplicados no âmbito da Administração Pública – com o princípio da FINALIDADE, conforme delineado pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

"ENCARTA-SE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE O PRINCÍPIO DA FINALIDADE. NÃO SE COMPREENDE UMA LEI, NÃO SE ENTENDE UMA NORMA, SEM ENTENDER QUAL O SEU OBJETIVO. DONDE, TAMBÉM NÃO SE APLICA UMA LEI CORRETAMENTE SE O ATO DE APLICAÇÃO CARECER DE SINTONIA COM O ESCOPO POR ELA VISADO. IMPLEMENTAR UMA REGRA DE DIREITO NÃO É HOMENAGEAR EXTERIORMENTE SUA DICÇÃO, MAS DAR SATISFAÇÃO A SEUS PROPÓSITOS. LOGO, SÓ SE CUMPRE A LEGALIDADE QUANDO SE ATENDE À SUA FINALIDADE. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DESENCONTRADA COM O FIM LEGAL É INVÁLIDA E POR ISSO JUDICIALMENTE CENSURÁVEL. VÍCTOR NUNES LEAL, SEMPRE SEGURO E OPORTUNO, COMENTA: "SE A ADMINISTRAÇÃO NÃO ATENDE AO FIM LEGAL, A QUE ESTÁ OBRIGADA, ENTENDE-SE QUE ABUSOU DE SEU PODER(...). O FIM LEGAL É, SEM DÚVIDA, UM LIMITE AO PODER DISCRICIONÁRIO. PORTANTO, SE A AÇÃO ADMINISTRATIVA DESATENDE A ESSA FINALIDADE, DEVE-SE CONCLUIR QUE EXTRALIMITOU DE SUA ZONA LIVRE, VIOLANDO UMA PRESCRIÇÃO JURÍDICA EXPRESSA OU IMPLÍCITA, O QUE A TRANSPÕE, POR DEFINIÇÃO, PARA A ZONA VINCULADA" MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 32ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2015, P. 80)



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

E ainda:

O QUE EXPLICA, JUSTIFICA E CONFERE SENTIDO A UMA NORMA É PRECISAMENTE A FINALIDADE QUE A ANIMA. A PARTIR DELA É QUE SE COMPREENDE A RACIONALIDADE QUE LHE PRESIDIU A EDIÇÃO. LOGO, É NA FINALIDADE DA LEI QUE RESIDE O CRITÉRIO NORTEADOR DE SUA CORRETA APLICAÇÃO, POIS É EM NOME DE UM DADO OBJETIVO QUE SE CONFERE COMPETÊNCIA AOS AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO.

ASSIM, O PRINCÍPIO DA FINALIDADE IMPÕE QUE O ADMINISTRADOR, AO MANEJAR AS COMPETÊNCIAS POSTAS A SEU ENCARGO, ATUE COM RIGOROSA OBEDIÊNCIA À FINALIDADE DE CADA QUAL. ISTO É, CUMPRE-LHE CINGIR-SE NÃO APENAS À FINALIDADE PRÓPRIA DE TODAS AS LEIS, QUE É O INTERESSE PÚBLICO, MAS TAMBÉM À FINALIDADE *ESPECÍFICA* ABRIGADA NA LEI A QUE ESTEJA DANDO EXECUÇÃO. (MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 32ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2015, P. 109-110)

Dessa feita, deve-se perquirir se o ato de desclassificação da proposta do RECORRENTE por ter inserido todos os documentos entregues fisicamente na mídia digital cumpre e é proporcional/razoável diante dos *fins* pelo qual o processo de CHAMAMENTO PÚBLICO é utilizado.

Sobre a necessidade de observância da proporcionalidade aos *fins* do procedimento, assevera o professor MARÇAL JUSTEN FILHO:

"A PROPORCIONALIDADE É MUITO RELEVANTE PARA A LICITAÇÃO, QUE SE CONFIGURA COMO UMA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DESTINADA A SELECIONAR UMA DENTRE DIVERSAS PROPOSTAS DE CONTRATAÇÃO. ISSO SIGNIFICA QUE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
A D V O G A D O S

DESEMPENHARÁ UMA ATIVIDADE DE ESCOLHA DE MEIOS CONCRETOS PARA A OBTENÇÃO DE DETERMINADOS FINS.

(...)

INSTAURADA A LICITAÇÃO, INCUMBE À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA CONDUZIR O PROCEDIMENTO E PROFERIR DECISÕES AO LONGO DAS VÁRIAS ETAPAS. OS ATOS ADMINISTRATIVOS DECISÓRIOS PRODUZIDOS PELA AUTORIDADE QUE CONDUZ O CERTAME PRODUZEM UMA DETERMINADA SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO. A AUTORIDADE TEM O PODER-DEVER DE EXAMINAR A VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS PELOS PARTICULARES, PRONUNCIAR NULIDADES, SANAR DEFEITOS IRRELEVANTES, DECIDIR RECURSOS, PROCLAMAR O RESULTADO. ESSES ATOS AFETAM OS INTERESSES DOS LICITANTES E DA COMUNIDADE.

TODAS ESSAS DECISÕES SE DESENVOLVEM SOB O INFLUXO DA ORDEM JURÍDICA. A VALIDADE DESSES ATOS ADMINISTRATIVOS PERTINENTES À LICITAÇÃO DEPENDE NÃO APENAS DA CONCORDÂNCIA FORMAL COM AS DIVERSAS REGRAS E PRINCÍPIOS INCIDENTES. É INDISPENSÁVEL A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE". ((JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 93)

Para o professor MARÇAL JUSTEN FILHO, o procedimento licitatório seria essencialmente teleológico, imbricado nos *fins* de tratar isonomicamente os concorrentes e obter a melhor proposta para a Administração:

"A LICITAÇÃO NÃO É UM FIM EM SI MESMO, MAS UM INSTRUMENTO APROPRIADO PARA O ATINGIMENTO DE CERTAS FINALIDADES. O MERO CUMPRIMENTO DAS FORMALIDADES LICITATÓRIAS NÃO SATISFAZ, DE MODO AUTOMÁTICO, OS INTERESSES PROTEGIDOS PELO DIREITO. PORTANTO, É INCORRETO TRANSFORMAR A LICITAÇÃO NUMA ESPÉCIE DE SOLENIDADE LITÚRGICA, IGNORANDO SUA NATUREZA TELEOLÓGICA.



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

A LICITAÇÃO É UM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ORIENTADO AO ATINGIMENTO DE CERTOS FINS.

(...)

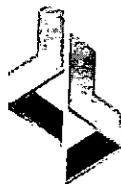
A LICITAÇÃO É UM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A SELEÇÃO DA PROPOSTA DE CONTRATAÇÃO DE UM PARTICULAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ESSE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SE ORIENTA À REALIZAÇÃO DE DUAS FINALIDADES ESSENCIAIS, QUE SÃO A CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA". (JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 91)

esses fins seriam:

Já para o professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

"A LICITAÇÃO, NOS TERMOS DO QUE HOJE ESTABELECE A LEGISLAÇÃO, VISA A ALCANÇAR UM TRIPLO OBJETIVO: PROPORCIONAR ÀS ENTIDADES GOVERNAMENTAIS POSSIBILIDADES DE REALIZAREM O NEGÓCIO MAIS VANTAJOSO (POIS A INSTAURAÇÃO DE COMPETIÇÃO ENTRE OFERTANTES PREORDENA-SE A ISTO), ASSEGURAR AOS ADMINISTRADOS ENSEJO DE DISPUTAREM A PARTICIPAÇÃO NOS NEGÓCIOS QUE AS PESSOAS GOVERNAMENTAIS PRETENDAM REALIZAR COM OS PARTICULARES E CONCORRER PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL.

DESTARTE, ATENDEM-SE TRÊS EXIGÊNCIAS PÚBLICAS IMPOSTERGÁVEIS: PROTEÇÃO AOS INTERESSES PÚBLICOS E RECURSOS GOVERNAMENTAIS - AO SE PROCURAR A OFERTA MAIS SATISFATÓRIA; RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE (PREVISTOS NOS ARTS. 5º E 37, CAPUT) - PELA ABERTURA DE DISPUTA DO CERTAME; E, FINALMENTE, OBEDIÊNCIA AOS RECLAMOS DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, IMPOSTA PELOS ARTS. 1.3.7,



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

CAPUT, E 85, V, DA CARTA MAGNA BRASILEIRA. (MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 32ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2015, P. 538-539)

Aqui, a isonomia se consubstancia no *direito de participar* dos processos seletivos da Administração Pública:

"A ISONOMIA SIGNIFICA, DE MODO GERAL, O LIVRE ACESSO DE TODO E QUALQUER INTERESSADO À DISPUTA PELA CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO. COMO DECORRÊNCIA DIRETA E IMEDIATA DA ISONOMIA, É VEDADO À ADMINISTRAÇÃO ESCOLHER UM PARTICULAR SEM OBSERVÂNCIA DE UM PROCEDIMENTO SELETIVO ADEQUADO E PRÉVIO, EM QUE SEJAM ESTABELECIDAS EXIGÊNCIAS PROPORCIONADAS À NATUREZA DO OBJETO A SER EXECUTADO. SOB ESSE ÂNGULO, A ISONOMIA SIGNIFICA O DIREITO DE CADA PARTICULAR PARTICIPAR NA DISPUTA PELA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA, CONFIGURANDO-SE A INVALIDADE DE RESTRIÇÕES ABUSIVAS, DESNECESSÁRIAS OU INJUSTIFICADAS. TRATA-SE, ENTÃO, DA ISONOMIA COMO TUTELA AOS INTERESSES INDIVIDUAIS DE CADA SUJEITO PARTICULAR POTENCIALMENTE INTERESSADO EM SER CONTRATADO PELA ADMINISTRAÇÃO". ((JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 95)

Além disso, incumbe à Administração Pública o fim de obter a melhor contratação possível, o que se obtém através da maior participação entre os potenciais contratados. Dessa feita, é certo afirmar que o aumento da participação – além de conter elemento democrático e republicano – potencializa as propostas a serem submetidas à Administração Pública.



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

Sob esse aspecto, desde já se percebe que deve-se repudiar quaisquer atos administrativos que eliminem a possibilidade de qualquer particular em concorrer de procedimento competitivo, seja em razão do *fim* da isonomia ou da vantajosidade à Administração.

Em razão desses aspectos, repudia-se juridicamente a eliminação de participantes em razão de aspectos meramente formais, que não impactem no conteúdo de sua proposta. Assim, só se pode aplicar penalidade mais severa (eliminação) aos concorrentes caso estes, de fato, cometessem um defeito minimamente relevante. Nesse teor é a lição de JUSTEN FILHO:

A ADMINISTRAÇÃO ESTÁ CONSTRANGIDA A ADOTAR ALTERNATIVA QUE MELHOR PRESTIGIE A RACIONALIDADE DO PROCEDIMENTO E DE SEUS FINS. NÃO SERIA LEGAL ENCAMPAR DECISÃO QUE IMPUSSESSE EXIGÊNCIAS DISSOCIADAS DA REALIDADE DOS FATOS OU CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO IMPOSSÍVEL. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE RESTRINGE O EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS PÚBLICAS, PROIBINDO O EXCESSO. A MEDIDA LIMITE É A SALVAGUARDA DOS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS EM JOGO. INCUMBE AO ESTADO ADOTAR A MEDIDA MENOS DANOSA POSSÍVEL, ATRAVÉS DA COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS INTERESSES SACRIFICADOS E AQUELES QUE SE PRETENDE PROTEGER. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE ACARRETAM A IMPOSSIBILIDADE DE IMPOR CONSEQUÊNCIAS DE SEVERIDADE INCOMPATÍVEL COM A IRRELEVÂNCIA DE DEFEITOS. SOB ESSE ÂNGULO, AS EXIGÊNCIAS DA LEI OU DO EDITAL DEVEM SER INTERPRETADAS COMO INSTRUMENTAIS. (JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 1.002)

Continua o eminente jurista, ao descrever o que seriam “exigências instrumentais” contidas no Edital e seu afastamento para evitar a desclassificação das propostas:



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

"NESSE PANORAMA, DEVE-SE INTERPRETAR A LEI E O EDITAL COMO VEICULANDO EXIGÊNCIAS INSTRUMENTAIS. À APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS, O PREENCHIMENTO DE FORMULÁRIOS, A ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS NÃO SE CONSTITUEM EM CONDUTAS RITUALÍSTICAS. NÃO SE TRATA DE VERIFICAR A HABILIDADE DOS ENVOLVIDOS EM CONDUZIR-SE DO MODO MAIS CONFORME AO TEXTO DA LEI. TODAS AS EXIGÊNCIAS SÃO O MEIO DE VERIFICAR SE O LICITANTE CUMPRE OS REQUISITOS DE IDONEIDADE E SE SUA PROPOSTA É SATISFATÓRIA E VANTAJOSA.

PORTANTO, DEVE-SE ACEITAR A CONDUTA DO SUJEITO QUE EVIDENCIE O PREENCHIMENTO DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AINDA QUANDO NÃO SEJA ADOTADA A ESTRITA REGULAÇÃO IMPOSTA ORIGINARIAMENTE NA LEI OU NO EDITAL. NA MEDIDA DO POSSÍVEL, DEVE PROMOVER, MESMO DE OFÍCIO, O SUPRIMENTO DE DEFEITOS DE MENOR MONTA. NÃO SE DEVE CONCEBER QUE TODA E QUALQUER DIVERGÊNCIA ENTRE O TEXTO DA LEI OU DO EDITAL CONDUZ À INVALIDADE, À INABILITAÇÃO OU À DESCLASSIFICAÇÃO". (JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª Ed. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 1.001)

Ao concluir, arremata sobre o afastamento dos supostos vícios formais ao revés de ocasionarem a desclassificação das propostas:

EM PRIMEIRO LUGAR, SÃO IRRELEVANTES DEFEITOS DE FORMA QUE PODERIAM SER QUALIFICADOS COMO PURAMENTE INTERNOS À PROPOSTA. ISSO ENVOLVE EXIGÊNCIAS DESTITUÍDAS DE QUALQUER REFLEXO NO ÂMBITO EXTERNO DA PRÓPRIA PROPOSTA. ASSIM, O DESCUMPRIMENTO DE REQUISITOS NO TOCANTE À ELABORAÇÃO VISUAL DA PROPOSTA, AO MATERIAL A SER UTILIZADO, AO FORMATO DE DOCUMENTOS, APENAS PODERÃO ACARRETAR A DESCLASSIFICAÇÃO QUANDO PRODUZIREM ALGUM PREJUÍZO QUANTO À AVALIAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS.



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

EM SEGUNDO LUGAR, SÃO IRRELEVANTES OS DEFEITOS DE FORMA QUE POSSAM SER SUPERADOS POR MEIO DA ANÁLISE DO RESTANTE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PELO LICITANTE. ASSIM, POR EXEMPLO, UM ERRO MATERIAL CONSTANTE DE UMA PLANILHA NÃO AUTORIZA A DESCLASSIFICAÇÃO SE FOR POSSÍVEL ATINGIR O RESULTADO CORRETO MEDIANTE CONSIDERAÇÃO ÀS DEMAIS INFORMAÇÕES EXISTENTES.

UM DEFEITO GRAVE DEVE SER RELEVADO QUANDO NÃO ACARRETA EFEITO NOCIVO À COMPETITIVIDADE.

SE O CONTEÚDO DO ATO FOR IDENTIFICÁVEL E SE FOR APTO A ATINGIR O RESULTADO PRETENDIDO, DEVE SER ADMITIDA A VALIDADE DA PROPOSTA. (JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 1.007)

Pois bem. No caso em análise, o vício apontado fora tão somente o fato de que a mídia digital entregue no envelope 2 continha os documentos dos envelopes 1 e 3. Ocorre que tal vício não possui o condão de afetar a QUALIDADE da proposta do RECORRENTE, nem tampouco trazer qualquer prejuízo à sua análise ou à competitividade do certame.

Dessa feita, a desclassificação do RECORRENTE por um vício irrelevante configura um formalismo excessivo e violação aos fins do procedimento de chamamento público e à proporcionalidade/razoabilidade conforme esposado acima.

Assim, o ato de desclassificação do RECORRENTE, mesmo que consentâneo ao Edital, deve ser afastado por violar os fins do processo licitatório e os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, finalidade, competitividade, etc.

Note-se que, conforme o afamado jurista argentino AGUSTIN GORDILLO, a decisão que viola tais deveres é tão ilegal quanto a violação às normas editalícias:



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

"A DECISÃO 'DISCRICIONÁRIA' DO FUNCIONÁRIO SERÁ ILEGÍTIMA, APESAR DE NÃO TRANSGREDIR NENHUMA NORMA CONCRETA E EXPRESSA, SE É 'IRRAZOÁVEL', O QUE PODE OCORRER, PRINCIPALMENTE, QUANDO: A) NÃO DÊ OS FUNDAMENTOS DE FATO OU DE DIREITO QUE A SUSTENTAM OU; B) NÃO LEVE EM CONTA OS FATOS CONSTANTES DO EXPEDIENTE OU PÚBLICOS E NOTÓRIOS; OU SE FUNDE EM FATOS OU PROVAS INEXISTENTES; OU C) NÃO GUARDE UMA PROPORÇÃO ADEQUADA ENTRE OS MEIOS QUE EMPREGA E O FIM QUE A LEI DESEJA ALCANÇAR, OU SEJA, QUE SE TRATE DE UMA MEDIDA DESPROPORCIONADA, EXCESSIVA EM RELAÇÃO AO QUE SE QUER ALCANÇAR."
(GORDILLO, AGUSTÍN. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PÚBLICO. TRAD. MARCO AURÉLIO GRECCO. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1977, P. 183-184)

Nesse diapasão, a decisão de DESCLASSIFICAÇÃO violou os princípios acima listados e, portanto, deve ser afastada a fim de se permitir que a proposta do RECORRENTE seja qualitativamente analisada.

Note-se que tampouco há de se afirmar que a desclassificação se deu em razão de uma "necessidade de sigilo" na análise das propostas, posto que esta não se baseia em nenhuma regra legal. A Lei nº 13.019/2014 não prevê que as propostas não devam ser identificadas e, inclusive, na Lei nº 8.666/1993, há previsão explícita para que estas sejam identificadas.

Nesse teor, presumir uma necessidade inafastável de se preservar o sigilo da análise das propostas seria presumir que a COMISSÃO TÉCNICA iria dar alguma preferência a uma das propostas caso esta fosse de um ou outro concorrente, e é certo que tal previsão configura violação aos princípios mais mezinhos da Administração Pública e que, certamente, imbuem a atuação da Administração Pública.



A conduta, ademais, do Administrador ao eliminá-lo pode inclusive ser considerada economicamente prejudicial à Administração Pública, posto que é plenamente possível que a proposta do RECORRENTE fosse inclusive a mais vantajosa.

Ademais, devê-se prestigiar os princípios da boa-fé objetiva da Administração, segurança jurídica e proteção à confiança, além da evidente boa-fé do RECORRENTE.

No caso dos autos, o suposto vício cometido pelo RECORRENTE se deu pela ausência de clareza do Edital nesse aspecto, e sua eliminação por isso viola frontalmente os princípios inerentes à relação do Administrado com a Administração Pública.

Ora, por certo que, caso considere-se que houve um equívoco por parte do RECORRENTE, este se deu imbuído de boa-fé, de modo que não poderia ser punido por seu ato.

Diante do exposto, observa-se que a DESCLASSIFICAÇÃO do RECORRENTE não deve subsistir em razão da violação dos princípios supramencionados.

3.4. DA IDENTIFICAÇÃO DOS PARTICIPANTES DURANTE O MOMENTO DE ASSIGNAÇÃO DE LETRAS NOS ENVELOPES. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA 6.1.2;

Por fim, caso afasta-se os argumentos acima expostos e entenda-se que haveria um princípio inafastável de análise sigilosa das propostas em razão de previsão no Edital – mesmo que ausente previsão semelhante na Lei, a eliminação do RECORRENTE também deverá ser afastada.

Tal previsão se deu na cláusula 6.1.2:



6.1.2. A COMISSÃO TÉCNICA JULGADORA NÃO TERÁ ACESSO ÀS IDENTIFICAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES INTERESSADAS.

O cumprimento do sigilo se daria através da identificação dos envelopes por signo alfabético, *i.e.*, através da inserção das letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, etc nos envelopes.

Ocorre que a inserção das letras nos envelopes ocorreu em sessão pública logo após a apresentação dos envelopes pelos representantes legais dos concorrentes, de modo que, em verdade, era possível aos presentes na sessão a coligação dos concorrentes com as respectivas letras de seus envelopes.

Isso porque (i) havia um número pequeno de participantes, de somente 5 (cinco); (ii) os envelopes estavam em posse dos representantes legais das concorrentes, que inclusive se identificaram durante a sessão; (iii) a numeração foi dada aos envelopes logo após saírem da mão dos representantes legais e em ordem sequencial, de modo que todos os presentes na sessão poderiam saber qual concorrente teve qual letra assignada.

Dessa forma, é possível se auferir que a metodologia adotada no certame não fora capaz de assegurar o sigilo da análise das propostas prevista na cláusula 6.1.2., posto que esta possibilitou que todos os presentes na sessão pública tivessem ciência de quais letras foram assignadas aos 5 (cinco) participantes, de modo que era possível que a COMISSÃO TÉCNICA tivesse ciência a quem pertencia cada um dos envelopes.

Isso se agrava pelo fato de que, em razão do âmbito setorial da disputa, vários envolvidos (representantes legais e organizadores do certame) são da



mesma área e se conheciam previamente, não exigindo maiores esforços a identificação das propostas com os respectivos concorrentes.

Tal fato pode ser comprovado pela Administração Pública – com base no princípio da VERDADE MATERIAL – através da perquirição de todos os representantes e organizadores do certame que estiveram na sessão pública de entrega de envelopes.

Ora, se o Edital prevê o sigilo das propostas como regra e ainda, suficiente inclusive a desclassificar o RECORRENTE (caso não acolhido o exposto no item 3.3.), deve-se anular o ato de entrega dos envelopes posto que este não foi capaz de assegurar o referido sigilo.

Dessa forma, deve-se determinar a desclassificação de todas as propostas apresentadas na sessão pública pela incapacidade da metodologia adotada em preservar o sigilo das propostas.

3.5. DA NECESSIDADE DE ABERTURA DOS ENVELOPES NA PRESENÇA DE TODOS OS CONCORRENTES;

Por fim, observa-se que a abertura do envelope 2 dos concorrentes ocorreu em sessão secreta, não sendo permitida a presença dos concorrentes. Nesse sentido, destaca-se que a Lei nº 13.019/2014 prevê a incidência do princípio da publicidade no chamamento público:

ART. 2º

XII - CHAMAMENTO PÚBLICO: PROCEDIMENTO DESTINADO A SELECIONAR ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL PARA FIRMAR PARCERIA POR MEIO DE TERMO DE COLABORAÇÃO OU DE



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

FOMENTO, NO QUAL SE GARANTA A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA IGUALDADE, DA PUBLICIDADE, DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DOS QUE LHE SÃO CORRELATOS;

A PUBLICIDADE se consubstancia em uma concepção democrática da Administração Pública:

EM PRIMEIRO LUGAR, A PUBLICIDADE É UM INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA FORMAÇÃO DA VONTADE ESTATAL. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ORIENTADO À CONTRATAÇÃO É O RESULTADO DA CONJUGAÇÃO DAS ATUAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS.

ISSO SIGNIFICA QUE A ADMINISTRAÇÃO NÃO SE ENCONTRA NUMA POSIÇÃO JURÍDICA DE "PROPRIETÁRIA" DOS INTERESSES ENVOLVIDOS. NEM SEQUER SE PODE ALUDIR A UMA POSIÇÃO DE SUPERIORIDADE EM FACE DA SOCIEDADE E DOS POTENCIAIS INTERESSADOS.

A ADMINISTRAÇÃO É SERVA DA REALIZAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS E DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. JUSTAMENTE POR ISSO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM O DEVER DE ATUAR DE MODO TRANSPARENTE, LEVANDO AO CONHECIMENTO PÚBLICO AS PROPOSTAS, OS MODOS DE SATISFAÇÃO CONCRETA DAS NECESSIDADES E ASSIM POR DIANTE.

A PUBLICIDADE É UMA DECORRÊNCIA INFASTÁVEL DA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA, QUE RECONHECE QUE A VONTADE ESTATAL TRADUZ UM PROCESSO DE CONSENSO A PARTIR DA PARTICIPAÇÃO ABERTA A TODOS OS INTEGRANTES DA NAÇÃO. (JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 117)



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

Em razão do princípio da publicidade, todos os atos da Administração Pública devem ser públicos, facultada a presença dos envolvidos e também dos cidadãos que assim quiserem, conforme define o professor JUSTEN FILHO:

DEPOIS, A PUBLICIDADE ORIENTA-SE A FACULTAR A VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DOS ATOS PRATICADOS.

PARTE-SE DO PRESSUPOSTO DE QUE AS PESSOAS TANTO MAIS SE PREOCUPARÃO EM SEGUIR A LEI E A MORAL QUANTO MAIOR FOR A POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DE SUA CONDUTA. SENDO ILIMITADAS AS CONDIÇÕES DE FISCALIZAÇÃO, HAVERÁ MAIOR GARANTIA DE QUE OS ATOS SERÃO CORRETOS. PERANTE A CF/ 1 988, A GARANTIA FOI AMPLIADA (ART. 5.º, XXXIII).

SOB ESSE PRISMA, A PUBLICIDADE TRADUZ-SE NO DESENVOLVIMENTO NÃO SIGILOSO DOS ATOS PERTINENTES À LICITAÇÃO, INCLUSIVE COM A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES A TODOS OS CIDADÃOS, INDEPENDENTEMENTE DE SEU EFETIVO INTERESSE EM PARTICIPAR DO CERTAME. A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODE NEGAR INFORMAÇÕES OU ADOPTAR SOLUÇÕES CONCRETAS QUE DIFICULTEM O CONHECIMENTO PÚBLICO DOS ATOS PRATICADOS.
(JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 17ª ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017, P. 118)

Nesse teor, todos os atos do procedimento administrativo devem se dar em sessão pública, em razão do princípio da publicidade.

Não há, no caso em análise, qualquer aspecto ou fato – sob qualquer perspectiva – que imponha que o ato de abertura do envelope 2 ocorra em sessão secreta. Assim, deve-se incidir a regra geral em decorrência do princípio acima descrito.

A Lei nº 8.666/1993 inclusive possui regra explícita sobre o tema no art. 43, §1º:



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

ART. 43. A LICITAÇÃO SERÁ PROCESSADA E JULGADA COM OBSERVÂNCIA DOS SEGUINTE PROCEDIMENTOS:

§ 1º A ABERTURA DOS ENVELOPES CONTENDO A DOCUMENTAÇÃO PARA HABILITAÇÃO E AS PROPOSTAS SERÁ REALIZADA SEMPRE EM ATO PÚBLICO PREVIAMENTE DESIGNADO, DO QUAL SE LAVRARÁ ATA CIRCUNSTANCIADA, ASSINADA PELOS LICITANTES PRESENTES E PELA COMISSÃO.

Mesmo que se considere que o referido dispositivo não incide no presente caso, a abertura dos envelopes em sessão pública deve decorrer diretamente do princípio da publicidade, conforme previsto no art. 37, *caput*, da Constituição e art. 2º, inc. XII, da Lei nº 13.019/2014.

Assim, a abertura do “envelope 2” em sessão secreta, sem que fosse facultada a presença dos concorrentes, viola frontalmente o princípio da publicidade.

Diante do exposto, deve-se dar PROVIMENTO a esse recurso a fim de anular o ato de abertura do “envelope 2”, a fim de que esta ocorra em sessão pública, sendo facultada a presença dos concorrentes.

4. DO PEDIDO;

Diante do exposto, deve-se prover o presente Recurso a fim de que se evite a punição da RECORRENTE por:

- a) o provimento do presente Recurso a fim de que seja atribuída a interpretação mais favorável ao RECORRENTE, por ter cumprido a literalidade do disposto na cláusula nº



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

5.3.II, de modo a ser recebido e considerado o conteúdo do envelope 2 e feita a análise técnica, tal como foi feito com os demais classificados, posto que a eventual desclassificação da Recorrente viola os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, boa-fé objetiva, finalidade, isonomia, competitividade, vantajosidade, proteção à confiança, segurança jurídica e a possibilidade de se sanar o referido vício

b) Subsidiariamente ao pedido a, que seja facultado ao Recorrente a reapresentação de seu envelope 2 contendo nova mídia digital em conformidade com a interpretação (não literal) da comissão de seleção;

c) Subsidiariamente aos pedidos acima, que seja ANULADO o processo administrativo por interesse público, conforme previsto na cláusula 10.1 do edital.

Pugna, por fim, pela posterior juntada de instrumento procuratório, conforme o art. art. 5º, §1º da Lei nº 8.906/1994 e art. 104, §1º, da Lei nº 13.105/2015.

Requer, outrossim, que todas as publicações e intimações referentes ao feito sejam realizadas em nome da sociedade **BANDEIRA DE MELO E BARBIRATO ADVOGADOS**, inscrita no CNPJ sob o nº 08.983.700/0001-55, registrada na OAB/AM sob o nº 222/2006, com sede na cidade de Manaus, capital do Estado do Amazonas, na Rua dos Angelins, nº 285, Conjunto Kyssia, bairro Dom Pedro, CEP 69.040-230, na forma do § 1º do art. 272 do Código de Processo Civil.

Nestes Termos,
Pede Deferimento

Manaus (AM), 05 de abril de 2018



BANDEIRA DE MELO & BARBIRATO
ADVOGADOS

Fábio Nunes Bandeira de Melo
OAB/AM 4.331

Bruno Vieira da Rocha Barbirato
OAB/AM 6.975

Lucca Fernandes Albuquerque
OAB/AM 11.712

