



SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE QUIXERAMOBIM



CONTRARRAZÕES BIQ BENEFÍCIOS

AO
SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE QUIXERAMOBIM/CE - SAAE
A/C: PREGOEIRO (A)



REF.: CONTRARRAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO - PREGÃO ELETRÔNICO Nº 17.30110123 - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 17.30110123-PE - VALE REFEIÇÃO

BIQ BENEFÍCIOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.878.237/0001-19, estabelecida na Rua Vergueiro, nº 3185, Cj. 123, Vila Mariana, São Paulo/SP, CEP: 01504-001, por seu representante legal devidamente qualificado na documentação de habilitação do presente certame, vem, perante V. S^a., com fulcro com fulcro no o art.4º, inc. XVIII da Lei nº 10.520/2002, interpor e apresentar as presentes

CONTRARRAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

em face das razões de recurso apresentadas pela empresa **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA**, fazendo-as em consonância com os fatos e fundamentos a seguir expostos.

I- DAS RAZÕES DE RECURSO

A **RECORRENTE**, em apertadíssima síntese, alega em suas **RAZÕES DE RECURSO**, *irresignação quanto ao sorteio realizado na sessão, o qual considerou todas as empresas aptas a participar, em detrimento suas alegações, no sentido de que somente as empresas que participaram na condição de ME / EPP sob as benesses da Lei Complementar n.º 123/2006 teriam direito ao sorteio*, porém, como se verá adiante, suas razões não merecem prosperar, senão vejamos:

II- DO MÉRITO

A sessão do certame contou com a participação de **11 (onze) empresas**; como o edital previu a impossibilidade de ofertas de taxas negativas, todas as licitantes ficaram com as **PROPOSTAS COMERCIAIS EMPATADAS**, não havendo fase de lances.

ASSIM DE FORMA LEGAL, O SISTEMA UTILIZADO PERMITIU ÀS EMPRESAS QUE OFERTASSEM NOVA PROPOSTA, PORÉM, TODAS QUEDARAM-SE INERTES, HAJA VISTA AS PRÓPRIAS CONDIÇÕES EDITALÍCIAS ACERCA DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. SUPERADA ESSA FASE, TODAS AS CLASSIFICADAS FORAM CORRETAMENTE À FASE DO SORTEIO, CUJA PRIMEIRA SORTEADA FOI A EMPRESA BIQ BENEFÍCIOS LTDA., NÃO HAVENDO QUALQUER ILEGALIDADE QUANTO ÀS FASES ADOTADAS NO SISTEMA!

Considerando que o edital previu a impossibilidade de ofertar taxas negativas, todas as empresas que participaram do certame apresentaram propostas comerciais com taxa zero, culminando em **EMPATE REAL. NÃO HÁ O QUE SE FALAR EM REALIZAÇÃO DE SORTEIO SOMENTE ENTRE A EMPRESAS QUE PARTICIPARAM COM AS BENESSES DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006, POSTO QUE, NÃO HOUE EMPATE FICTO NO CERTAME, E SIM, EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS!**

Como houve empate de propostas comerciais apresentadas por **ME / EPP com as demais licitantes constituídas por outras formas societárias**, **O BENEFÍCIO FOI CONCEDIDO DURANTE A SESSÃO, PORÉM, TODAS AS EMPRESAS QUE PARTICIPARAM COM BENESSES DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006 QUEDARAM-SE INERTES E NÃO COBRIRAM AS PROPOSTAS APRESENTADAS, PASSANDO AO SORTEIO ENTRE TODAS AS PARTICIPANTES. O disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/6 assim determina:**

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1o deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Ocorre que, pela leitura completa do art. 44, citado, em conjunto com os seus parágrafos, observa-se que o empate referenciado no caput do artigo diz respeito ao conhecido empate ficto. **NESTE EMPATE (EMPATE FICTO), É CONFERIDO ÀS ME E EPP A POSSIBILIDADE DE APRESENTAREM UMA NOVA PROPOSTA. OU SEJA, PERMITE QUE A ME / EPP APRESENTEM MAIS UM LANCE PARA OBTEREM A VITÓRIA DO CERTAME. ESSA FACULDADE SOMENTE É CONFERIDA QUANDO A PROPOSTA COMERCIAL SEJA IGUAL OU SUPERIOR A 10% (NAS MODALIDADES TRADICIONAIS) OU 5% (NO PREGÃO) EM RELAÇÃO À PRIMEIRA CLASSIFICADA.** De outro lado, o denominado **EMPATE FICTO** permite que as ME / EPP, dentro das margens adotadas na referida lei, apresentem proposta de **PREÇO INFERIOR** à empresa inicialmente considerada vencedora, a conferir:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, OCORRENDO O EMPATE, proceder-se-á da seguinte forma:

1 - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar PROPOSTA DE PREÇO INFERIOR ÀQUELA CONSIDERADA VENCEDORA do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado

De acordo com a lei, o exercício facultativo do direito de preferência conferido às ME e EPP deve respeitar dois requisitos básicos (cumulativos), além do regular enquadramento da licitante nos respectivos regimes empresariais, vejamos:

- 1. OFERECER PROPOSTA (OU LANCE) IGUAL OU ATÉ 10% OU 5%, NO CASO DO PREGÃO, SUPERIOR A MENOR PROPOSTA; E*
- 2. COBRIR A PROPOSTA OFERTADA PELA PRIMEIRA COLOCADA, PARA QUE RESTE DEMONSTRADO A VANTAJOSIDADE DE SEU PREÇO PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.*

Ou seja, o direito de preferência é VINCULADO à demonstração de vantajosidade econômica à Administração Pública. Assim, devido às características que permeiam este certame, não há que se falar em empate ficto, pois as empresas ofertaram taxa zero e não é permitido taxa negativa, o que impossibilita qualquer empresa melhorar o preço oferecido. Ademais, mesmo que se tratasse de empate ficto (o que não reflete o presente caso por se tratar de empate real), nenhuma empresa enquadrada como **ME e EPP** poderia ser beneficiada, por se tratar de descompasso ao princípio da isonomia. Corroborando o acima alegado, **Joel de Menezes Niebuhr**¹ explica o procedimento a ser adotado quando do empate ficto:

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008. Ed. 1º. p. 329.

"De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei complementar n° 123/06, A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE NÃO É AUTOMATICAMENTE DECLARADA VENCEDORA, NA MEDIDA EM QUE O PREÇO DELA É DE FATO SUPERIOR AO MENOR PREÇO OFERTADO NO CERTAME, O QUE IMPORTARIA, SE FOSSE O CASO, DESVANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e vulneração aberta ao Princípio da eficiência, encartado no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

A rigor, reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do artigo 44 da Lei complementar n° 123/06 a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inciso I do artigo 45 da mesma Lei complementar.



ENFATIZA-SE QUE NÃO BASTA À MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE IGUALAR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO. A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE MAIS BEM CLASSIFICADA DEVE COBRIR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO (REDUZI-LO). Se o fizer, prescreve o referido inciso I do artigo 45 da Lei complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela". No mesmo sentido, ensina o Professor Marçal Justen Filho²:

"A LC 123/2021 criou uma ficção de empate no art. 44, MAS A SOLUÇÃO SE AFIGUROU COMO VÁLIDA POR QUE ACOMPANHADA DO ÔNUS DE FORMULAÇÃO DE PROPOSTA DE VALOR MAIS REDUZIDO. Na LC 123/2021, o empate ficto (ou seja, não consistente em propostas de valor idêntico) não conduz à imediata vitória do lance estipulado pelo beneficiário, devendo ser formulada uma proposta de menor valor. Portanto, a Administração obterá o menor valor possível no certame. Distinta era a solução concebida no Dec. Fed. 1.070/1994, em que havia a ficção de empate e uma vantagem também puramente imaginária (sagrar-se-ia vencedor o licitante que tivesse formulado proposta de valor mais elevado). O referido regulamento Federal foi substituído pelo Dec. Fed. 7.174/2010. Observe que as preferências destinadas a incentivar o desenvolvimento nacional sustentável podem importar a contratação de proposta de valor mais elevado. (g.n.)"

Em resumo, as **ME e EPP** não devem ser privilegiadas nos processos licitatórios de modo incondicional, ignorando preceitos fundamentais do processo licitatório ao apresentar ofertas que **NÃO SÃO MAIS VANTAJOSAS**, aniquilando quaisquer chances de que as demais licitantes possam ser contratadas pela Administração Pública. **Outrossim, a realização de sorteio exclusivamente entre ME e EPP é hipótese não prevista em lei. Pelo contrário, a lei regulamenta apenas a possibilidade de empate FICTO, dentro de certas circunstâncias, o que nada se compara a realização de sorteio fechado somente entre ME e EPP.**

Sendo assim, não é o caso de declarar preferência incondicional e automática para **ME e EPP**, haja vista que a preferência está condicionada a uma proposta mais vantajosa para o erário, o que de forma alguma ocorreu no certame em apreço. Neste sentido é o entendimento doutrinário do professor Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima³, a saber:

"Verifica-se que o "desempate" não é automático, em favor da microempresa ou da empresa de pequeno porte, uma vez que existe no inciso I uma condição para isso aconteça, qual seja, que a interessada apresente proposta com "preço inferior" àquela considerada, até então, vencedora do certame. Atendida a condição de "cobrir" a outra oferta, tem-se o direito da microempresa ou da pequena empresa de ser declarada vencedora do certame".

Inclusive, **essa matéria já foi submetida à apreciação do Poder Judiciário e recentemente o egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO esgotou a suposta divergência no âmbito de um mandado de segurança que abordava idêntica situação fática ao do presente feito, no qual ficou consolidado o entendimento em não se admitir o direito de preferência para ME e EPP quando na disputa de lances não for mais possível ofertar preço inferior ao das propostas empatadas, sendo inquestionável que nessa hipótese não se aplicam os art. 44 e art. 45 da Lei Complementar n° 123/06, seguindo abaixo a ementa do julgado⁴:**

"Mandado de segurança. Licitação. Fornecimento de vale alimentação a servidores da Câmara Municipal de Indaiatuba. Empate real entre as propostas. Direito de preferência a microempresas e empresas de pequeno porte. Intelecção do tema à luz dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, 45, § 2º da Lei Federal 8.666/93 e artigo 37, XXI da Constituição Federal. Não formulação de proposta com preço inferior àquela considerada vencedora do certame, única situação autorizante de se adjudicar o objeto licitado em favor da impetrante. Inexistência de violação a direito líquido e certo. Legalidade do sorteio realizado entre todos os licitantes. Denegação da ordem que se impõe. Recursos e reexame necessário providos."

² FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ed. 16ª. p 104.

³ LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. Licitações à luz do novo estatuto da microempresa (Lei Complementar n. 123/2006 (incluindo o Decreto n. 6204/2007, legislação correlata, experiências internacionais e análises de editais). Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. p. 77.

⁴ Apelação n° 1002139-37.2023.8.26.0248. 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Des. Borelli Thomaz. Data de julgamento 20.09.2023. Rua Vergueiro, 3.185 – Conj. 123 – Centro Empresarial Santa Julia – Vila Mariana São Paulo – SP – CEP 04101-300 – Fone: (11) 5573-1879.

REFERIDA DECISÃO JUDICIAL FOI JUSTAMENTE LASTREADA NO CORRETO ENTENDIMENTO DE QUE PARA EXERCER OS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, SERIA NECESSÁRIO A APRESENTAÇÃO DE NOVA PROPOSTA EM VALOR INFERIOR AO OFERTADO PELA EMPRESA CONSIDERADA ARREMATANTE, NÃO BASTANDO APENAS QUE OS VALORES FOSSEM EQUIVALENTES, TENDO, A R. SENTENÇA, INCLUSIVE, SIDO PROFERIDA NESSES EXATOS TERMOS, CONSOANTE SE DEPREENDE DO EXCERTO ABAIXO REPRODUZIDO:

"No caso dos autos, contudo, inexistiu proposta melhor classificada, pois todas apresentaram o mesmo valor de 0% de taxa de administração (fls. 95/97), logo, não havendo proposta melhor classificada o critério a ser adotado é o de sorteio, conforme item 11.7.3 do edital. Até porque, estabelece o item 11.7.5.4 do edital que o "exercício do direito de preferência somente será aplicado quando a melhor oferta da fase de lances não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte". E no caso dos autos, como dito, não houve melhor oferta por qualquer uma das empresas participantes. Até porque, entendimento diverso implicaria sempre em automática exclusão das sociedades não constituídas sob a forma de microempresa ou empresa de pequeno porte mesmo quando estão nas mesmas condições de apresentar propostas de valor tão infimo como na hipótese dos autos em que todas as concorrentes, independentemente do porte econômico, apresentaram o mesmo valor de 0% de taxa de administração."

Solidificando ainda mais tal consenso, **CONVÉM COMPARTILHAR QUE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**, a matéria é abordada da mesma forma, a exemplo de caso análogo ao presente julgado pelo **TCE/RS - REP 19/00021401** – que determinou liminarmente a paralisação do procedimento licitatório promovido pelo Município de Ipuauçu, nos seguintes termos:

"REP 19/00021401 - Relatório de Instrução (doc. 01):

Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de apresentação de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma empresa EPP e EPP. Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME e EPP.

Assim, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes, não se aplicando as regras da LC 123/06, sob pena de violação da isonomia e da competitividade do certame.

Decisão Liminar (doc. 01.1)

Ante o Exposto DETERMINO:

1. Conhecer da representação por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos art. 65 e 66 da Lei Complementar 202/200 c/c o art. 24 da Instrução Normativa nº TC-021/2015, a Sra. Clori Peroza – Prefeito do Município de Ipuauçu, a sustação do Pregão Presencial nº 38/2018 até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio ou até a deliberação do Tribunal Pleno desta Corte de Contas, em face da exclusão de licitantes, em desacordo com o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93 e os princípios da isonomia e da competitividade do certame (item 2.2.1, Relatório DLC – 15/2019). (...)"

Portanto, qualquer ato que venha a comprometer a igualdade entre os administrados deve ser rechaçado, afinal, trata-se de ato que contraria o próprio princípio da finalidade, da eficiência e da razoabilidade, pois acaba por reduzir a maior amplitude de opções a atingir o objetivo público.

Como é de conhecimento de todos, o Artigo 3º da Lei Federal n.º 8.666/93, determina que **"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"**.

É de suma importância ainda, as previsões legais contidas no art. 41 e art. 55, XI, todos da Lei Federal 8.666/93, que dispõem que **a Administração está estritamente vinculada ao edital convocatório**, vejamos:

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

"Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...] XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor."

○ **PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, **preceitua que o julgamento das propostas e da documentação, seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.**

A Administração tem o dever de respeitar aquilo que foi estabelecido pelo diploma editalício, não podendo, de forma alguma, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas. **Tal princípio não é mera conveniência ou simples prerrogativa legal que pode ser facilmente descartada.** Jamais poderia se falar no desrespeito a tal princípio, este está atrelado a, praticamente, todos os demais princípios arrolados pela legislação, doutrina e aceitos pela jurisprudência, a Isonomia e o Julgamento Objetivo são exemplos de princípios adstritos diretamente àquele.

O próprio instrumento convocatório torna-se lei no certame ao qual regulamenta, impossibilitado que as cláusulas sejam descumpridas por qualquer uma das partes, seja a Administração, sejam as empresas participantes. **É impossível a execução de um certame sem que seja observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Sem este jamais poderá ser alcançado o julgamento objetivo.** No mesmo passo, também será impossível atingir o princípio constitucional da Isonomia, que estabelece a igualdade de condições entre os participantes.

○ **PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO** tem como finalidade principal, **evitar que administradores realizem análise de propostas e de documentos de habilitação de forma arbitrariamente subjetiva, o que pode viabilizar o direcionamento do contrato em defesa de interesses pessoais ou de terceiros,** em total contrariedade com o princípio da isonomia entre os licitantes e demais princípios da administração pública como moralidade, impessoalidade, legalidade e afronta ao interesse público.

O que se almeja é, nos dizeres do eminente Celso Antônio, **"impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora"** (Celso Antônio, 1998, p. 338).

○ **PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO** vincula a Administração, na apreciação das propostas e demais documentos, aos critérios estabelecidos previamente no edital, de modo que no curso do procedimento licitatório, **não poderá a Administração, utilizar critérios desconhecidos para auferir a aceitabilidade das propostas e da documentação de habilitação.** Veja que esse **ÓRGÃO**, por intermédio de seu Pregoeiro, **SEGUIU OS CRITÉRIOS PREVISTOS NO EDITAL QUANDO PERMITIU VIA SISTEMA, A POSSIBILIDADE DE COBRIR A TAXA APRESENTADA NAS PROPOSTAS POR PARTE DAS EMPRESAS QUE PARTICIPARAM DO CERTAME SOB A ÉGIDE DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006, PASSANDO EM SEGUIDA PARA O SORTEIO, HAJA VISTA QUE AS RECORRENTES SE QUEDARAM INERTES!**

A importância do PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO é enorme, uma vez que impede que qualquer ente administrativo utilize ao seu bel prazer, critérios subjetivos criados de última hora, para análise de documentos e propostas! Jessé Torres Pereira Júnior, na obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pg. 55) ensina:

O (princípio) do julgamento objetivo atrela a Administração, na apreciação das propostas, aos critérios definidos no edital ou carta-convite, com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios desconhecidos pelos licitantes, ao alvedrio da subjetividade pessoa do julgador.

O COMENTÁRIO DO NOBRE PROFESSOR JESSÉ CAI COMO UM LUYA NO CASO CONCRETO, HAJA VISTA QUE AS FASES DO PREGÃO ELETRÔNICO FORAM EFETIVAMENTE SEGUIDAS PELO SISTEMA, SENDO CONSTADO EM ATA, O DIREITO DE PREFERÊNCIA DAS EMPRESAS RECORRENTES.

Portanto, qualquer ato que venha a comprometer a igualdade entre os administrados deve ser rechaçado, afinal, trata-se de ato que contraria o próprio princípio da finalidade, da eficiência e da razoabilidade, pois acaba por reduzir a maior amplitude de opções a atingir o objetivo público.



A esse propósito, insta trazer à baila a lição do saudoso professor e magistrado **Hely Lopes Meirelles**, que assim assevera: (...) *todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.* (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 34ª Edição, 2008, Editora Malheiros, São Paulo, pg. 716).

DITO ISSO, OUTRO DESLINDE NÃO PODE TER O PRESENTE CASO, SENÃO A MANUTENÇÃO DO SORTEIO COMO REALIZADO. O art. 50, da Lei 9784/99, que dispõe sobre os processos administrativos, prevê claramente:

"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;**
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;**
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;**
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;**
- V - decidam recursos administrativos;**
- VI - decorram de reexame de ofício;**
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;**
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.**

O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO EXIGE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO ESPECIAL CAUTELA NA INSTRUÇÃO DO PROCESSO, SOB PENA DE NULIDADE, conforme assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro: *"O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos"*. (in *Direito Administrativo*, 24ª ed., Editora Atlas, p. 82).

Diferentemente disso, o ato administrativo impugnado, **ESTÁ** devidamente motivado, em clara inobservância à Lei. **NÃO SE TRATA DE IRREGULARIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE DEVE SER IMEDIATAMENTE REVISTO SOB PENA DE NULIDADE, CONFORME PRECEDENTES SOBRE O TEMA:**

"ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROCON - ÓRGÃO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA - DEFESA INTEIRAMENTE REALIZADA PELO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - MULTA PROCON - PROCESSO ADMINISTRATIVO - MOTIVAÇÃO INADEQUADA - VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - APELO CONHECIDO E DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1. (...) 3. O ato administrativo não encontra-se devidamente motivado, nos termos do art. 50, da Lei 9784/99 e do art. 19, do Decreto Municipal 11.738/03. No corpo da decisão administrativa, o PROCON/Vitória indica como fundamento normativo de sua pretensão punitiva unicamente os arts. 14 e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, limitando-se a citá-los. 4. Em nenhum momento o Procon considerou o conjunto fático-probatório, não apresentando em sua decisão referências a qualquer fatura da consumidora que comprovasse as cobranças indevidas. Ademais, não oportunizou à empresa apelada a produção de provas que a possibilitassem comprovar a licitude nas cobranças impugnadas. Tal fato, em conjunto à fundamentação deficiente, proporciona a nulidade não somente do processo administrativo, mas da penalidade que dele decorre. Precedentes 5. Recurso de apelação conhecido e improvido. (TJ-ES - APL: 04382591720128080434, Relator: ELISABETH LORDES, Data de Julgamento: 06/43/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/43/2018) Razões pelas quais devem conduzir à revisão do ato administrativo com a sua imediata revisão.

É latente que, tanto a Lei quanto a doutrina e a jurisprudência, são claros com relação à vinculação ao instrumento convocatório, para que haja o julgamento objetivo, cujos princípios são corolários da licitação.

Vejamos o que mencionam os artigos 41 e 45, *caput*, da Lei 8.666/93, respectivamente:

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

"Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle." (g.n)

Como pode ser constatado no presente certame, esse ÓRGÃO SEGUIU à risca os critérios e determinações estabelecidos no edital quanto às fases do Pregão, cumprindo o princípio da vinculação ao edital, característica basilar de qualquer pleito licitatório. Vejamos o que a doutrina leciona sobre o edital e sobre a vinculação ao mesmo, respectivamente:

"Ao descumprir normas constantes no edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública." (Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, pág 526)

"Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para elaboração das ofertas, e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse do estabelecido e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação (art.41). (Hely Lopes Meirelles Licitação e Contrato Administrativo, Ed. Saraiva, pág. 31)

"(...)Depois, o edital tem que ser claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias. Não é admissível transformar a licitação em uma espécie de prova de habilidade, recheada de armadilhas e exigências ocultas. Não é cabível a simples repetição das expressões legislativas, para que o licitante descubra o que, no caso concreto, a Administração pretende." (Marçal Justen Filho, Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, pág.501)

"A decisão subjetiva é rechaçada pelo ordenamento jurídico, que impõe o julgamento objetivo e a vinculação ao edital, em homenagem aos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade. (...) O edital é a lei interna do processo de licitação, vinculando aos seus termos tanto a Administração Pública como os licitantes, não sendo aceitável que a Administração, no decorrer do processo ou na realização do julgamento, descumpra as regras previamente estabelecidas no ato convocatório." (TCU – Acórdão nº 3.474/2006, 1ª C., Rel. mim.Valmir Campelo)

"O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público. (STJ - RMS nº 10.847/MA, 2ª T., Rel. min. Laurita Vaz, j. 27/11/2001)

Nem se diga que esse órgão deveria realizar sorteio somente entre as empresas que participaram na condição de ME / EPP, sob as benesses da LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006, até porque, em licitação NADA se presume. As exigências devem ser claras, objetivas, sem obscuridades, para que **TODOS** entendam da mesma forma, mormente quando não há Lei que regule a questão. Nesse sentido, a Constituição Federal define o princípio da legalidade, corolário do estado democrático de direito, assim mencionando em seu art. 5º, II: **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.** Nesta linha, o Artigo 3º da Lei federal 8.666/93, consagra diversos princípios norteadores do procedimento licitatório, dentre eles, a "isonomia" e o "julgamento objetivo":

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.

De acordo ainda, com o disposto no artigo 45, *caput*, da Lei 8.666/93, o julgamento deve ser realizado de forma objetiva, em conformidade exclusiva com o que foi expressado no edital, sob pena de desvio de finalidade, como se observa do citado dispositivo e do artigo 44, §1º, respectivamente:

*Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório **E DE ACORDO COM OS FATORES EXCLUSIVAMENTE NELE REFERIDOS**, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle." (g.n)*

"§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes."

Desta forma, para que se verifique um processo limpo, transparente, legal, é imperioso que se verifique o que fora expresso no edital, comparando-se com o que menciona a Lei, a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, pois não se pode privilegiar um licitante por algo infundado e que não foi previsto no edital. A orientação é que se propicie a participação do maior número possível de potenciais licitantes, visando sempre a obtenção de uma proposta vantajosa ao interesse público, como se infere, **com observância estrita aos ditames editalícios**:

"No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais." (grifamos) (José dos Santos Carvalho Filho, Ed. Lumen Juris, pág. 200)

Feitas essas considerações, **TORNA-SE IMPERIOSA MANTER O SORTEIO E A DECISÃO TAL QUAL REALIZADO NA SESSÃO DO CERTAME, BEM COMO, DECLARAR A LICITANTE BIQ BENEFÍCIOS LTDA. VENCEDORA DO CERTAME, e, caso esse órgão proceda de forma diversa, contrariará os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e, principalmente, da igualdade entre as licitantes e da legalidade, uma vez que todos devem ser utilizados para auferir as condições de propostas e habilitação das empresas partícipes do certame.**

O *Princípio da Igualdade* consolida a imparcialidade da Administração, posto que, todos aqueles que têm interesse em contratar com determinado ente administrativo devem ter iguais chances de competição no procedimento licitatório, não devendo haver normas ou condições editalícias que objetivem frustrar a escolha da melhor proposta para o contrato de interesse da Administração, vindo a frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Essa imparcialidade também deve ser observada no momento de análise das propostas e documentos de habilitação, estabelecendo igualdade de condições das empresas que participaram do presente certame. O magistral professor Hely Lopes Meireles, define: *"o que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desiguala os iguais ou iguala os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos"*.⁵

A *Legalidade*, por ser um dos princípios mais relevantes para o exercício da atividade administrativa, uma vez que todos os atos administrativos estão sujeitos aos preceitos legais e às exigências do bem comum, sendo vedado ao agente público, afastar ou desviar a finalidade do ato a que se propõe, sob pena de prática de ato inválido⁶, deverá ser observada por qualquer Órgão ou agente público.

ASSIM, DECIDIR DE FORMA DIVERSA, AO NÃO MANTER O SORTEIO TAL QUAL REALIZADO NA SESSÃO DO CERTAME, E NÃO CONFIRMAR A BIQ COMO VENCEDORA DO CERTAME, CASO ESSE ÓRGÃO ENTENDA FACTÍVEL, SERIA CONSIDERADA UMA VERDADEIRA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, o qual está vinculado às Leis votadas pelo legislativo em consonância com os demais preceitos que norteiam todo o ordenamento pátrio. Significa dizer que o administrador público tem o dever de realizar os atos administrativos de sua competência de acordo com o que a lei determina. A Constituição Federal, no art. 37, instituiu princípios destinados à orientação do administrador, na prática dos atos administrativos, de molde a garantir a boa administração que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos, no interesse coletivo, com o que também assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas. A Carta Magna prevê em seu art. 3º que *"a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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"*.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 21-22

⁶ *Ibidem*, p. 82

A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, inclusive considerando condições específicas para determinado licitante, portanto, diante das alegações apresentadas, mister se faz que essa Municipalidade mantenha a decisão externada na sessão da presente licitação, pois do contrário, causará prejuízo irreparável à vencedora do certame, posto que, esta cumpriu com todas as exigências editalícias, sendo corretamente declarada vencedora e habilitada, **ressaltando-se ainda, a relevância dos Princípios para o Direito Administrativo brasileiro, destacando lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:**

"... violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos"

E mais:

"... o desrespeito a um princípio constitui a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme a natureza do princípio que se violou."

Portanto, a aplicabilidade dos princípios informadores da licitação aos atos concretos praticados pela Administração Pública independe da existência normativa expressa e acarreta diretamente a nulidade dos atos desconformes, ensejando, ainda, a responsabilidade de seus agentes.

Continua afirmando que:

Portanto, a aplicabilidade dos princípios informadores da licitação aos atos concretos praticados pela Administração Pública independe da existência normativa expressa e acarreta diretamente a nulidade dos atos desconformes, ensejando, ainda, a responsabilidade de seus agentes.

Por todo o exposto, a **BIQ BENEFÍCIOS LTDA.** requer que as presentes "**CONTRARRAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO**" sejam recebidas tempestivamente para **que seja mantida A DECISÃO ACERCA DO SORTEIO REALIZADO NA SESSÃO, DECLARANDO A BIQ BENEFICIOS LTDA. VENCEDORA DO CERTAME!**

Havendo a **MANUTENÇÃO DA DECISÃO INICIAL**, com o acolhimento das contrarrazões em tela, o Procedimento Administrativo em referência estará pautado nas regras determinadas pelas Leis Federais n.ºs 10.520/02 e 8.666/93 e regerá uma contratação inquestionável, sob o ponto de vista legal.

Caso essa D. Comissão não mantenha a decisão inicial, submeter-se-á essa Administração aos órgãos de controle direto da Administração Pública, e, se for caso aos Ilustres **Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado do Ceará** para apreciação e decisão, tudo pelo cumprimento da mais, lúdima **JUSTIÇA!**

São Paulo, 28 de dezembro de 2023.



ANDRE CARLOS DA
FONSECA:1817411
9850

Assinado de forma digital por
ANDRE CARLOS DA
FONSECA:18174119850
Dados: 2023.12.28 15:27:35
-03'00'

BIQ BENEFÍCIOS LTDA.
CNPJ: 07.878.237/0001-19
ANDRÉ CARLOS DA FONSECA – PROCURADOR
RG: 22.713.670-6 / CPF: 181.741.198-50