



Prefeitura Municipal de Brejetuba

DESPACHO

Tomada de Preços nº 002/2017

Esta Procuradoria tomou ciência da sentença prolatada nos autos do mandado de segurança nº 0000180-42.2018.8.08.0016, impetrado pela empresa VIEIRA E NUNES CONSTRUTORA LTDA ME, buscando a revisão da decisão que a inabilitou do presente procedimento licitatório.

Conforme depreende-se da sentença, segue cópia em anexo, foi concedida a segurança pleiteada pela impetrante, anulando todos os atos posteriores à fase de habilitação do certame público, especificadamente quanto a impetrante, determinando a retomada dos atos licitatórios a partir de então, com o retorno ao julgamento das propostas.

Dessa forma, encaminho com este despacho, cópia da sentença em apreço, a fim de que a CPL adote as seguintes medidas:

- a) Comunique-se a empresa CONSTRUTORA SUBMARINO EIRELI ME, a fim de que seja rescindido o contrato firmado, tendo em vista, a sentença judicial;
- b) Que seja anulado todos os atos posteriores à fase de habilitação do presente certame;

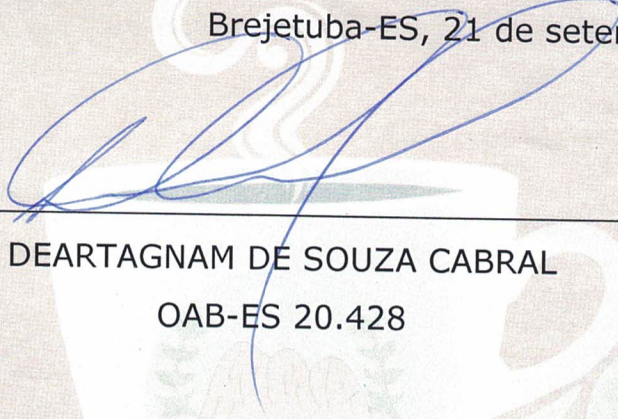


Prefeitura Municipal de Brejetuba

- c) Que seja aberto o envelope de proposta da impetrante, VIEIRA E NUNES CONSTRUTORA LTDA ME, retomando a fase de julgamento das propostas.

Para tal, aconselha-se que seja publicado em meio oficial, para todos os interessados, data e horário para abertura do envelope de proposta da impetrante, bem como retomada do julgamento das propostas.

Brejetuba-ES, 21 de setembro de 2018.



DEARTAGNAM DE SOUZA CABRAL
OAB-ES 20.428

Brejetuba - ES - Brasil



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

Autos do Processo nº 0000180-42.2018.8.08.0016

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Vieira e Nunes Construtora Ltda Me em face do Prefeito do Município de Brejetuba, narrando que fora desclassificada de certame público de concorrência licitatória em flagrante ilegalidade.

Sustenta que sua desclassificação pela divergência quanto ao endereço contante da apólice securitária e o dos atos constitutivos viola a proporcionalidade, justamente porque a divergência não oferece qualquer risco à eventual auferimento do seguro contratado.

De outro lado, reputa que sua desclassificação do certame pelo fundamento de que não atende os requisitos de qualificação técnica também não prospera, especialmente porque seus profissionais são habilitados no órgão representativo (Crea), os quais são especificamente habilitados para cumprimento do item "sumidouro" (motivo inabilitação).

Requer, pois, a anulação das fases posteriores à habilitação do certame público inerente ao procedimento de Tomada de Preços 02/2017, diante da incorreta desclassificação da impetrante.

Valor da causa foi retificado e as custas parceladas para pagamento, que tem ocorrido periodicamente.

Decisão liminar para suspensão do certamente e inclusão da teórica vencedora do certame no *mandamus*, consoante fls. 175 a 179.

Devidamente notificada, a autoridade coatora, prestou suas informações às fls. 193 a 205, aduzindo que a segurança deve ser denegada, justamente porque o vício de endereço contido na apólice securitária realmente traria transtornos na possível percepção do seguro, caso fosse necessário acioná-lo.

Esse equívoco, pois, foi valorado como insanável e contrário às regras do certame, sendo inafastável a desclassificação.

No que tange a habilitação técnica da empresa, considerou que pare-



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

cer técnico da municipalidade não considerou a impetrante apta para o cumprimento do contrato, e tal não pode ser ignorado pelo julgador, sendo absolutamente necessário a pronta revogação da liminar, a qual tem trazido prejuízos à prestação do serviço público.

Fez juntar, ainda, consoante determinado, todo o processo administrativo licitatório em questão.

O Ministério Público exarou seu parecer consoante fls. 884 a 886, aduzindo não haver interesse público que justifique a manifestação quanto à sua posição sobre o mérito da questão.

O licitante vencedor no certame, na qualidade de interessado, foi intimado para se manifestar, consoante fls. 881, tendo quedado-se inerte (fls. 883).

É o relatório.

Ab initio, verifico a inexistência de preliminares, questões de ordem pública ou prejudiciais de mérito que mereçam análise nesse momento. O feito tramitou de forma regular, tendo sido oportunizadas às partes todas as prerrogativas inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

Passo, pois, ao julgamento da lide.

Há de ser concedida a segurança.

A atuação do Poder Judiciário no âmbito do processo administrativo se limita a sua regularidade, assim como à legalidade do ato, estando vedada a incursão no mérito administrativo, para se aferir a conveniência e oportunidade do ato (vide julgado do STJ, MS 21.197/RJ).

Sabe-se perfeitamente e sem qualquer controvérsia sobre a questão que o controle jurisdicional dos processos administrativos se restringe à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sem exame do mérito do ato administrativo.

Contudo, consoante o entendimento do c. STJ a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos é possível quando o enfrentamento se cinge à defesa dos parâmetros da legalidade, permitindo-se a reavaliação do mérito administrativo tão somente



891
g

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

nas hipóteses de comprovada violação dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, o que ocorreu nos autos, sob pena de invasão à competência reservada ao Poder Executivo (AgRg no AREsp 820.768/PR).

Sobre a revisibilidade judicial do sancionamento, MARÇAL JUSTEN FILHO explicita que "[...] cabe não apenas revisar a imparcialidade e a satisfatoriedade do processo administrativo como a própria correção jurídica do sancionamento eventualmente imposto. Não é cabível invocar a discricionariedade administrativa para imunizar o ato decisório à fiscalização jurisdicional [...]" (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 20174. p. 890).

E de acordo ainda com o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, "[...] a homologação do resultado do procedimento licitatório não possui o condão de convalidar irregularidades ocorridas na licitação. Verificada a ilegalidade, a Administração Pública, ou o Poder Judiciário, se provocado, devem anular a licitação [...]" (AgRg na SS 2.646/DF).

Com efeito, as licitações no âmbito da Administração Pública, possuem como norma geral a Lei Federal nº 8.666/1993, em cujo art. 3ª se estabelece que a licitação se destina, dentre outros princípios, a garantir a observância da *isonomia*, da *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.

In casu, como observo, a desclassificação da impetrante se deu por dois motivos fundamentados: *i*) incompatibilidade de endereço na Carta do Seguro-garantia com o constante dos documentos apresentados para habilitação jurídica, o que em tese causaria transtornos na percepção do seguro, na eventualidade da ocorrência do risco; e *ii*) a parte impetrante não teria comprovado suficientemente sua habilitação técnica, uma vez que o engenheiro da empresa não teria habilitação para cumprir um dado item da obra, e discriminado no edital: o "sumidouro".

Ao analisar os argumentos para a desclassificação da empresa licitante, as informações prestadas pela autoridade coatora, e as provas contantes dos autos, em especial diante do integral processo licitatório constante dos autos, a mim me parere inarredável



892
g

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

vel a conclusão de que houve flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade, da legalidade, vinculação ao edital e, por consequência, o da seleção da proposta mais vantajosa.

Quanto a questão inerente a divergência dos endereços entre o do que consta nos atos constitutivos da empresa e daquele constante na apólice securitária exigida como garantia pelo contratante, absolutamente não se pode acolher o argumento da comissão processante e sequer o vertido pela autoridade coatora.

Não há, diga-se, razoavelmente a mínima possibilidade juridicamente aceita (pelo menos não perante a este Juízo) de uma seguradora negar-se a cobrir o risco segurado sob a justificativa de que o endereço da empresa contratante é divergente.

O motivo possível que poderia colocar em questionamento a titularidade do seguro seria o CNPJ da empresa (identificação própria da pessoa jurídica), ou outro dado que colocasse em efetivo questionamento a sua identidade e, portanto, a sua absoluta titularidade do seguro.

Assim não se dá no caso concreto, porque em nenhum momento se coloca em questionamento a identidade da empresa licitante.

A municipalidade apegar-se a um aspecto *punitivo* altamente informal e *subjetivo* (logicamente oposto à objetividade), valendo-se de *mero receio* de que *poderia, em tese*, causar transtornos no pagamento do capital segurado, desconsiderando e não priorizando, como me parece ser o interesse da norma prevista na Lei Federal nº 8.666/1993.

Na esteira da doutrina especializada de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. Também uma exceção deve sofrer uma interpretação restritiva.¹

Reputo, então, que a municipalidade ao desclassificar a impetrante sobre o argumento de que a simples divergência de endereço na carta ou apólice securitária poderia trazer transtornos, agiu de modo absolutamente divergente à lógica ensinada e correta para a interpretação da norma.

Devo destacar o teor do art. 5º da LINDB no sentido de que na aplica-

¹ SAMPAIO JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.



893
g

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

ção da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Tal preceito, embora pareça a princípio destinado somente ao magistrado, destina-se na verdade a todos os operadores do direito, ou seja, a todas as pessoas que ativamente devem cumpri-lo ou fazer que se cumpra. A autoridade coatora, pois, não estaria alheia a tal questão.

A interpretação dada pela municipalidade me parece violar sem sombra de dúvidas a proporcionalidade, a legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, na medida em que cria voluntariamente um critério desclassificatório não previsto no edital, dotado de subjetivismo, sem apoio em norma concreta, para desclassificar a impetrante.

Leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO que:

[...] A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. [...]. Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto. [...] (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. Ver. Ampl. E atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 246).

O critério utilizado, como se pode perceber, *nada tem de objetivo (sendo de veras abstrato)*, justamente porque não havia disposição prévia no edital acerca da motivação da desclassificação, sendo abrupta e violadora dos princípios da publicidade, e em especial do contraditório e ampla defesa (eis que diante da repentina notícia da desclassificação pelo motivo previamente não esclarecido, não teve oportunidade de sanar o considerado defeito) e em certa perspectiva o da segurança jurídica.

Observo ainda disparidade da conduta da Comissão de Licitação entre uma e outra empresa – e isso coloca abaixo o argumento da autoridade coatora de que não poderia sanar vícios na oportunidade da habilitação do certame.



894
2

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

Observo que com relação a empresa vencedora (Submarino Ltda) a autoridade técnica de engenharia municipal não só admitiu, como de ofício sanou irregularidade verificada, dispensando tratamento completamente dispare em relação os demais licitantes, em especial a ora impetrante (fls. 31 a 33).

Não há nem espaço assim para se falar que tenha se valido a autoridade coatora da "forma pela forma", porque esse critério de desclassificação sequer estava previsto no edital. Mas se se pode utilizar este argumento no caso em voga, é evidente que os meios prevaleceram sobre o fins.

O edital dispunha somente, na cláusula 2.2, alínea f, que a apresentação da garantia nas mesmas modalidades e critérios previstos no caput e §1º do artigo 56 da Lei 8666/93, equivalente a um por cento do valor estimado do objeto da contratação. Nenhuma outra disposição há que a corrobore neste particular.

Fica bem evidente que se preferiu prestigiar uma forma (que não visualizo existência concreta) em detrimento da ampla concorrência, que me parece ser o objetivo principal da lei de licitações.

Bem a propósito a Lei Federal n.º 9.784/99, dispõe no art. 2º que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O inciso VI do parágrafo único propriamente dispõe sobre a necessidade adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

E o inciso XIII impõe a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

O e. TJES não tem validado desclassificações que se dão por semelhantes motivos que o presente. Veja Senão:

[...] O procedimento licitatório, cujo desenvolvimento deve pautar-se na escorreita observância, dentre outros, dos postulados da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e concorrência, tem por escopo o efetivo respeito e a satisfação do



895
g

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

interesse público, de sorte que o objeto do certame seja definido, implementado e atendido de forma mais vantajosa à Administração. 2. **A apelada foi desclassificada do certame por não ter reproduzido determinadas expressões constantes do Edital** 3. Do cotejo entre a redação exigida pelo Edital e a que foi apresentada, não se verifica omissão assaz a legitimar a desclassificação da apelada, contendo a sua Declaração todos os elementos essenciais exigidos pela Administração. 4. Cumpre observar que na Declaração apresentada pela apelada consta a afirmação de estar de pleno acordo com todas as condições estabelecidas no Edital, o que denota a ausência de intento em se furtar das exigências impostas. 5. Lado outro, não há que falar em ofensa ao princípio da isonomia, já que irregular o agir da Comissão de Licitação de inabilitar a apelada. Igualmente, o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos poderes. [...] (TJES, Classe: Apelação / Remessa Necessária, 024140283060, Relator: JORGE DO NASCIMENTO VIANA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/10/2016, Data da Publicação no Diário: 06/10/2016).

Em caso bem análogo, inclusive, o e. TJES entendeu que a formalidade exigida da impetrante – data da emissão do CNPJ – é excessiva, evidenciando obstáculo ao resguardo do próprio interesse público que, na hipótese, consiste na obtenção do menor preço (TJES, Remessa Necessária 19150016905).

Fica claro, pois, em meu sentir, que essa justificativa não tem razão de ser, violando a proporcionalidade, a legalidade e outros princípios, prejudicando, consequentemente, ante a limitação dos proponentes, a competitividade do certame.

E observo ainda, indo além de alegações meramente abstratas, que ao final apenas dois foram os concorrentes no certame em tela (fls. 719): a empresa classificada em segundo lugar ofereceu uma proposta de R\$490.037,58 e a vencedora fez uma oferta de R\$485.537,14.

A diferença entre a proposta vencedora e a vencida foi pouco maior que o percentual de 1%, ao passo que a presença de uma outra empresa só faria certamente a crescer positivamente na concorrência pública.

No que tange a qualificação técnica da empresa, esta reputada como inapta, observo dos autos que a impetrante na oportunidade da habilitação para o certame, apresentou, dentre outros, a Certidão de Acervo Técnico de seus profissionais (engenheiros), com validade e veracidade atestada pelo Crea respectivo (fls. 407 a 418).

E da referida Certidão de Acervo Técnico consta, absolutamente, a ca-



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

pacidade para a execução do denominado item "sumidouro", e não só, permitindo-se, em extensão, a capacidade para execução de fossas sépticas e filtros anaeróbicos.

Parece-me então não subsistir tal fundamento para desclassificação da impetrante, porque efetivamente se verifica que ela tinha plena capacidade atestada pelo órgão competente (Crea), nos termos da Resolução n.º 1025/2009 do CONFEA – Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (TJES, Agravo de Instrumento 069169000325).

Em razão disso, não se sustentam nem as razões técnica utilizadas pelos engenheiros municipais, nem o parecer jurídico-administrativo, e nem as razões vertidas nas informações prestadas, porque resta evidente que o motivo do ato (inabilitação técnica).

Pelo que observo do parecer técnico do setor de engenharia (fls. 40 a 42), a indicação acerca da não qualificação técnica da impetrante se deu, de forma genérica, porque "[...] apesar de apresentar um título no acervo 'sumidouro, fossas sépticas e filtros anaeróbicos' não foi constatada a execução do item sumidouro na planilha [...]".

O insigne EROS ROBERTO GRAU, *expet* em hermenêutica jurídica, há muito contribuiu com a expressão de que a norma (ou o direito de modo geral) não se interpreta em tiras.

Sumidouros, segundo definição geral aplicada ao caso (artificial), são os poços que possibilitam a infiltração de efluentes da fossa séptica para o subsolo.

É, como se compreende, apenas o fosso puro e simples escavado de uma obra, destinado em princípio à vasão de alguma matéria.

Vejo dos autos (fls. 416 e seguintes) que a impetrante tinha habilitação para construção de fossas sépticas e filtros anaeróbicos.

Consoante verifico da descrição específica do acervo técnico, "[...] fossas sépticas são anéis pré-moldados de concreto [...] incluindo tubo de limpeza e escavação [...]". A própria construção de fossas sépticas pressupõe a realização de escavação, algo a princípio não complexo e simples.

Tem-se, portanto – e isso é bem lógico e razoável de entendimento comum – que a habilitação para construção de fossas já pressupõe ou inclui a construção do sumidouro, porque aquela pressupõe esta.



897
g

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

Deve se prestigiar aqui a premissa *in eo quod plus est semper inest et minus*: Quem pode o mais, pode o menos (Literalmente: Àquele a quem se permite o mais, não deve-se negar o menos). Se a parte pode fazer o trabalho mais complexo, é de se pressupor que pode fazer o menos, e infinitamente mais simples.

Destaco, por fim, que a municipalidade adotou critério dispare com relação a empresa Edifica Ltda, já que nesta hipótese considerou que a apresentação de mero acervo técnico "semelhante" (e não exatamente específico) preencheria os requisitos do edital (fls. 42).

Ou seja, em tendo autorizado a apresentação de acervo similar para uma das licitantes, **idêntico** critério deve ser aplicado à impetrante.

Assim, motivo é o pressuposto de fato e de direito que enseja a prática do ato administrativo. O pressuposto de direito é a norma jurídica na qual está baseado o ato administrativo e o pressuposto de fato, nas palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato".²

Mesmo naqueles atos em que os motivos não estão expressamente expostos no pressuposto legal, o motivo que enseja a prática do ato deve não só existir e mas estar também de acordo com o que a norma jurídica implicitamente aceita como motivo adequado ou pertinente, tendo sempre em vista o caso concreto.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO "[...] prestantes serão os motivos que revelem pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicada [...]".³

Em sendo portanto o motivo um requisito de validade do ato administrativo, e verificado que ele se baseou em circunstância fática que verdadeira mente inexistente.

Se ele inexistente, não é válido o ato, e se não é válido o ato, ele não produz eficácia (Escada Pontiana), infringindo, pois, sobremaneira o aspecto de legalidade do certame.

2 (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, pág.212)

3 (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009, pág.392)



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
VARA JUDICIAL DA COMARCA DE CONCEIÇÃO DO CASTELO E INTEGRADA DE BREJETUBA

Ea re, concedo a segurança pretendida, para anular todos os atos posteriores à fase de habilitação do certame público (Tomada de Preços n.º 02/2017), em relação a impetrante, determinando a retomada dos atos licitatórios a partir de então, com o retorno ao julgamento das propostas, extinguindo o feito com resolução do mérito, na forma do art. 487, inciso I do CPC.

Confirmo a liminar ao seu tempo deferida.

Condeno a impetrada ao pagamento das custas processuais.

Sem honorários advocatícios, na forma do art. 25 da Lei de regência.

Após o trânsito em julgado, proceda-se na forma do art. 336 do Código de Normas da CGJ/ES, remetendo-se os autos, enfim, ao arquivo.

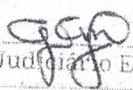
Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Conceição do Castelo/ES, em 25 de julho de 2018.

JOSÉ BORGES TEIXEIRA JÚNIOR
Juiz de Direito

RECEBIMENTO

Em 31/07/2018, recebo estes autos do MM. Juiz de Direito da Comarca de Conceição do Castelo-ES, Dr. José Borges Teixeira Junior.


p/ Analista Judiciário Especial