

**AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO INTEGRANTE DA ADMINISTRACAO DO  
TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE ALAGOAS**

**Ref: Edital Nº 007/2020**

**TIM S.A.** (doravante “TIM” ou “Recorrente”), sociedade anônima com sede na Rua Fonseca Teles nº 18 a 30, São Cristóvão, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.421.421/0001-11, por sua procuradora, com fulcro no subitem 11 do Edital em comento, no artigo 4º, XVIII da Lei nº 10.520/2002, bem como à alínea “a”, do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8.666/93, à presença de Vossa Excelência, a fim de interpor

**RECURSO ADMINISTRATIVO**

Em face à decisão dessa digna Administração que declarou a desclassificação da proposta da TIM no certame, bem como declarou a CLARO S.A vencedora do certame, apresentando no articulado as razões de sua irresignação.

• **DA TEMPESTIVIDADE**

Inicialmente, comprova-se a tempestividade das presentes razões recursais, considerando que a manifestação da intenção foi apresentada no dia 22 de abril de 2020.

Desta forma, o prazo de 3 (três) dias úteis, contados da sessão do pregão, conforme previsto no item 10.6 do ato convocatório - em sintonia com o artigo 4º, inciso XVIII, da lei 10.520/2002 - encerra-se em 27 de abril de 2020.

- DOS FATOS**

Trata-se de Pregão Eletrônico nº 007/2020, tipo Menor Preço Global, conduzido por servidor integrante da Administração do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, para a prestação de serviço móvel pessoal e serviço de comunicação multimídia para transmissão de dados utilizando as tecnologias disponíveis nas áreas de presença da Justiça do Estado de Alagoas, nos sistema pós-pago, com fornecimento de smartphones e chips no regime de comodato, conforme todas as especificações constantes no Termo de Referência, parte integrante deste Edital.

No dia 08 de abril de 2020, foi aberta a sessão pública pelo Pregoeiro Oficial e respectivos membros da equipe, designados pelo instrumento convocatório, em atendimento às disposições contidas na Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, referente ao Processo n 2019/4200, para realizar os procedimentos relativos ao Pregão Eletrônico nº 07/2020.

Ato contínuo, em 08 de abril de 2020 foi iniciada a fase de lances das Licitantes, sendo encerrada na seguinte sequência:

|                        |                |
|------------------------|----------------|
| TIM S.A.               | R\$ 711.000,00 |
| Claro S.A.             | R\$ 732.600,00 |
| Telefônica Brasil S.A. | R\$ 877.772,00 |

Da decorrência dos lances ofertados pelas Licitantes, muito embora a TIM tenha ofertado o menor preço Global, a r. Comissão decidiu que a proposta da TIM foi desclassificada considerando que a oferta não estava dentro do valor referencial e declarou a empresa CLARO S.A como vencedora do certame.

Oportuno registrar que a proposta apresentada pela TIM cumpre fielmente todos os requisitos do edital e inclusive os itens que causavam certa dúvida quanto a forma de apresentação dos preços foram dirimidos no momento do envio de esclarecimentos.

Sobre a Proposta de esclarecimentos vale destacar aqui o item de número 5 formulado pela TIM cujo respectivo retorno da Diretoria Adjunta da Administração foi no sentido de acatamento:

*“Pergunta 5:*

*A licitação na modalidade concorrência por menor preço Global visa a eleger a proposta mais barata, para execução do serviço licitado. Desta forma, essa licitante entende que para elaboração da proposta mais vantajosa será admitido que a Contratada apresente preços dos serviços unitários simbólicos, irrisórios ou valor zero, considerando que essa redução não irá prover qualquer desequilíbrio financeiro ao contrato, mantendo o preço final de acordo com o praticado no mercado, apenas flexibilizando a margem de preço para os serviços que a Contratada possui melhor margem de redução. Solicitamos nossa participação desta forma. Nossa solicitação será acatada?*

**RESPOSTA: SIM, O ENTENDIMENTO DA EMPRESA INTERESSADA ESTÁ CORRETO. A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA PERMITEM A PRÁTICA DE VALORES BEM REDUZIDOS PARA ALGUNS SERVIÇOS, TARIFA FLAT QUE ABARCA MAIS DE UM ITEM, E OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS, DE TAL FORMA QUE, NESTES CASOS, A PRÁTICA DE VALOR SIMBÓLICO OU ATÉ MESMO, ZERO SERÁ COMPREENDIDA COMO RENÚNCIA A PARCELA OU TOTALIDADE DA REMUNERAÇÃO CONFORME ESTATUÍDO NO §3º DO ART. 44 DA LEI Nº 8666/93 E SERÁ ACEITO PELA ADMINISTRAÇÃO.”**

A TIM providenciou a elaboração da proposta observando todos os requisitos previstos no edital, seguindo as orientações estabelecidas no certame, motivo pelo qual, não nos parece razoável, nem tampouco isonômico desclassificar a TIM do certame indicando que a oferta não seguiu o valor referencial.

Oportuno acrescentar ainda, que os valores de referência dos itens bem como o valor global a ser contratado **NÃO** constavam no Edital e só foram apresentados na fase de negociação, momento posterior a abertura dos lances, em que o Tribunal entrou em contato com a TIM esclarecendo quanto a inviabilidade de majoração de alguns itens apresentados na proposta final da TIM, o que inibiu a apresentação de uma nova Proposta pela TIM.

Diante do exposto acima, observe-se que a proposta apresentada pela Claro indicou valores estimados acima do estabelecido no orçamento apresentado pelo Tribunal, o que não foi permitido à TIM, conforme pode-se observar nos itens 1,2 e 3 da Proposta da Claro.

Se já não bastasse a desclassificação da TIM de forma não fundamentada, acrescente-se ainda que na Proposta apresentada pela Claro S.A nota-se a ausência da indicação dos aparelhos, conforme estabelecido no Edital e Termo de Referência, item 3.6 que trata do Recebimento dos Aparelhos em Comodato.

Diante do exposto, considerando que a r. Comissão não ressaltou fundamentadamente a desclassificação da proposta da TIM, afastando-a do certame sem motivo justo e justificado e considerando o flagrante descumprimento dos critérios de habilitação e das especificações técnicas dispostas no certame pela Claro S.A, o ato administrativo restou viciado, desta forma a legalidade do procedimento licitatório restou contaminada, por isto, esta Recorrente se manifesta fundamentadamente apresentando as infringências legais causadas pela decisão de desclassificação da TIM, pugnando pela revisão da decisão corrompida.

Desta forma, a Recorrente vem apresentar as suas razões de Recurso, tendo em vista o descumprimento das disposições editalícias apresentadas, que afetam a isonomia esperada dos procedimentos licitatórios, não sendo razoável se manter como vencedora Licitante que não preencha cabalmente os requisitos previstos no Edital e na legislação correlativa.

### **III. DOS FUNDAMENTOS**

Inicialmente, cumpre ressaltar que a licitação na modalidade pregão caracteriza-se pelo objetivo de imprimir celeridade e eficiência nas contratações públicas, por meio da simplificação das regras procedimentais, condicionada aos princípios basilares da Administração Pública, quais sejam, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da

igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas.

As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Contudo, é imperioso salientar que tanto a Administração quanto os particulares têm o dever de observar as regras inerentes às contratações de modo que o procedimento licitatório esteja *compliant* com a legalidade, com os princípios norteadores da Administração Pública, bem como com o entendimento pacífico das Cortes de Contas.

Diante dos fatos ocorridos, é oportuno destacar que tanto a decisão da ilustre Comissão acerca da desclassificação da proposta da TIM, bem como considerar a CLARO vencedora do certame, são insustentáveis, uma vez que não houve fundamentação pautando a primeira decisão de desclassificação da Recorrente, bem como não foi observado pela vencedora do certame as regras editalícias, viciando, portanto, todos os demais atos decorridos nas fases posteriores do processo licitatório.

Ora, não se pode perder de vista o primado constitucional da igualdade de todos perante a lei. No caso vertente, o afastamento da Licitante TIM não foi embasado e sequer justificado, impactando na decorrência de todo o procedimento licitatório percorrido após o ato viciado, havendo, portanto, flagrante infringência aos princípios norteadores da licitação, como o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, entre outros.

Acerca do ato de desclassificação da TIM, cabe-nos ressaltar quanto às normas relevantes envolvidas. A princípio, vislumbrando a clara ilegalidade do ato de desclassificação exarado, a Recorrente, que foi forçosamente afastada do certame, elucida que a sua proposta se encontra plenamente em linha com os preços praticados no mercado atualmente,

principalmente atendendo todos os critérios editalícios estabelecidos por este r. Tribunal.

A Lei 10.520/02 previu no artigo 4º, inciso VII a necessidade de verificação, antes da fase de lances, da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório. Os Decretos 3.555/00 e 5.450/05 que regulamentaram a matéria em âmbito federal assim dispõem, respectivamente:

*“Art. 9º. As atribuições do pregoeiro incluem:*

*[...]*

*III – a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes.*

*[...]*

*Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:*

*XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito; ”*

*“Art. 22. [...]*

*§2º. O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.*

*[...]*

*Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme as disposições do*

*edital. ”*

Ora, resta claro que a decisão de desclassificação da TIM não observou nenhum dos critérios legais, uma vez que foi sequer justificada em regra legal ou editalícia, sendo assim inequívoca a sua contaminação, merecendo, portanto, a sua revisão.

A Lei do Pregão definiu que antes da fase de lances o pregoeiro deverá avaliar a conformidade das propostas aos requisitos do edital. De forma um pouco mais detalhada os regulamentos determinam que após encerrada a etapa de lances será examinada a proposta primeira classificada quanto ao seu valor.

Por óbvio, qualquer desclassificação de propostas demanda motivação processual. Ora, a medida extrema de desclassificação, além da farta motivação, deve ser precedida de diligências adequadas, com possibilidade de comprovação pelo licitante, mediante planilhas e documentos, de que possui condições de executar o objeto, apresentando, inclusive, coerência com os valores do mercados de telecomunicações praticados atualmente, bem como no valor estimado para o gasto público no presente certame.

Ora, é tão claro que o ato de desclassificação da TIM foi raso, frágil, viciado e ilegal, que a Comissão sequer o fundamentou ou promoveu diligência, e com isso, a sucessão de equívocos nos atos administrativos contínuos foram absolutamente contaminados.

Caso a Comissão mantenha sua decisão desclassificação da TIM no certame, não há dúvidas que será mantido ato viciado de erro e ilegalidade, podendo, inclusive, ser facilmente apurado pelo Tribunal de Contas do Município para a sua contaminação frente às regras legais vigentes.

O administrador público no ato de sua função deve pautar-se nas regras legais que lhe compete, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.

Na mesma esteira, é oportuno considerar que o ato de desclassificação da TIM feriu flagrantemente o princípio da razoabilidade, uma vez que não se fundamenta, nem sequer se explica. O princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Assim, o douto Procurador de Justiça José dos Santos Carvalho Filho (in Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2017, p.42) propugna: *“Alguns estudiosos indicam que ‘a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas’ (LUCIA VALLE FIGUEIREDO). (...) Por outro lado, quando a falta de razoabilidade se calca em situação na qual o administrador tenha em mira algum interesse particular, violado estará sendo o princípio da moralidade ou o da impessoalidade.”*

Por seu turno, o emérito Prof. Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009, p.109) aduz: *“Realmente, na perquirição da razoabilidade, não se trata de compatibilizar causa e efeito, estabelecendo uma relação racional, mas de compatibilizar interesses e razões, o que vem a ser o estabelecimento de uma relação razoável.”* Este eminente jurista obtempera com extrema percuciência (op.cit.,p.110): *“À luz do princípio da razoabilidade, de caráter substantivo, o Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure em ato puramente técnico, neutro e mecânico, não se esgota no racional e nem prescinde de valorações e de estimativas, pois a aplicação da se realiza por atos humanos, interessados na justiça e na imposição concreta de seus valores, nela estabelecidos em abstrato.”*

No mesmo sentido, o célebre Procurador do Município e Prof. Dr. Rafael Carvalho Oliveira Resende (in Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: GEN/Forense, 2019,



p.46) aborda a questão do ponto de vista da aplicação do princípio como parâmetro de legalidade pelo Judiciário: *“O princípio da razoabilidade vem sendo utilizado como forma de valoração pelo Judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais.”*

Ora, é óbvio e notório que o ato de desclassificação da proposta da TIM não tem razão que o fundamente, sendo absolutamente indispensável que este seja revisto pela autoridade superior, com a devida revisão deste ato, bem como do demais atos derivados do vício praticado.

Em paralelo, é válido citar que a Constituição Federal de 1988, sedimentou em seu texto, de forma inédita, a moralidade jurídico-administrativa, assim erigida a patamar de um importante princípio reitor da Administração Pública. Pelo teor de abstração do princípio, é necessário haver uma integração com o princípio da razoabilidade para aferir se determinada conduta atende ao princípio da moralidade. A conduta do Administrador que foge à razoabilidade vai desaguar na ofensa à moralidade, por existir um sistema de integrado entre ambos os princípios.

Sobre o tema, é imperioso citar o entendimento de Dirley da Cunha Junior (in Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.916): *“A Administração Pública submete-se a sujeições ou restrições, decorrentes da necessidade de proteção dos direitos dos administrados, que limitam sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração.”*

Na mesma esteira, Rafael Carvalho Oliveira Rezende (in Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: GEN/Forense, 2019, p.41) traz a seguinte definição: *“O princípio da moralidade, inserido no art. 37 da CRFB, exige que a atuação administrativa seja ética, leal e séria. Neste sentido, o art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei 9.784/99, mormente nos processos administrativos, a ‘atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé’.”*

É evidente, neste contexto, que a má condução dos atos administrativos implica flagrantemente na eficiência administrativa, assim como viola os princípios da moralidade e razoabilidade, podendo ainda configurar desvio de poder.

No que pese o afastamento da TIM do certame por ato infundado e injustificado deixa latente que o Administrador Público deve se pautar pela proporcionalidade atendendo o trinômio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

O ato da Comissão que afastou a TIM do certame claramente infringiu o caráter competitivo da licitação, violou o princípio da isonomia.

Assim, não pode a Comissão promover atos ilegais, desproporcionais e infundados.

É latente que a decisão da Comissão de afastamento da TIM por desclassificação não cumpre o mandamento contido na Carta Maior e ainda não observa o princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, que exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

Convenhamos que não tem qualquer sentido lógico afastar de qualquer particular do certame sem que haja flagrante descumprimento deste frente aos critérios do Edital ou da legislação. É evidente que o ato infundado de desclassificação da TIM não pode ser tolerado.

Prossegue o art. 3º da Lei nº 8.666/93 definindo a finalidade de toda licitação. A definição é de caráter geral porque concerne a elemento estrutural do ato administrativo, qual seja a finalidade. A síntese de Maria Sylvia Zanella Di Pietro é precisa e suficiente:

*“Finalidade é o resultado que a Administração quer*

*alcançar com a prática do ato. Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública. Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei; nesse sentido se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa... Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder”.*

Mister elucidar que os princípios de direito não servem apenas para distinguir os ramos do direito em público e privado, mas são ferramentas das mais importantes para a solução de conflitos.

Como se vê, os princípios de direito fazem parte do ordenamento jurídico, isto é, do conjunto de normas e regras que vigem no sistema brasileiro, e devem ser utilizados para a aplicação do direito na solução de casos concretos.

Nesse sentido, é a lição de Jesús Gonzáles Pérez citado por Sundfeld:

*“[...] os princípios jurídicos (...) têm em si valor normativo; constituem a própria realidade jurídica. Em relação à ciência do direito, constituem seu objeto. Existem independentemente de sua formulação; são aplicáveis ainda que a ciência os desconheça. A missão da ciência com relação aos*

*mesmos não é outra senão a de sua apreensão. E a ciência será mais ou menos perfeita, segundo logre ou não sua determinação. Porque se o ordenamento jurídico constitui o objeto da ciência do direito positivo, esse conhecimento não será completo enquanto não se alcance a determinação dos princípios que o informam.”* (cf. PÉREZ, Jesús Gonzáles. apud SUDFELD, Carlos Ari. Elementos de Direito Público. p. 146)

Sobre o tema, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado.

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

“Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)” (Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi

de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.”

Nesse sentido, conclui-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital, portanto, a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital.

Obviamente, se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las, é dever desta em afastar qualquer inobservância ou ilegalidade, desvinculando inclusive a sua aprovação para o ato irregular.

Com efeito, a TIM pugna pela revisão da decisão do Pregoeiro, anulando o resultado da licitação, pois, entre as prerrogativas da Administração Pública, há a possibilidade de revogar os atos que não sejam mais convenientes e oportunos para o atendimento do interesse público, bem como de anulá-los em caso de ilegalidade.

Nesse sentido, o previsto na Súmula 473 do STF: *“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”*

O Edital é claro e vincula todos os licitantes. É a lei da licitação no caso concreto, não sendo facultado à Administração usar de discricionariedade para desconsiderar determinada exigência do instrumento convocatório. O descumprimento das cláusulas constantes no mesmo implica a desclassificação da proposta ou inabilitação da licitante, pois,

do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93:

*“Art. 3º. A licitação destina-se 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 lhe são correlatos.”*

Como é consabido, aquele que participa da licitação tem o dever jurídico de atentar para todas as suas exigências. Com efeito, aquele que não apresenta cumpre com os critérios registrados no instrumento de convocação, bem como não apresenta os documentos exigidos ou apresenta-os incompletos ou defeituosos descumpra seus deveres e deverá ser inabilitado.

Sobre o tema, assevera JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: *“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente. Se a regra fixada observadas por todos não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administração 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”.*

Vale frisar que o entendimento do Tribunal de Contas da União corrobora quando defende que a Administração organizadora do certame deve promover diligência junto ao interessado para a correção das eventuais falhas, sendo, neste caso, omissa a Administração na confirmação acerca do descumprimento da Claro à regra editalícia.

Ora, a própria Lei de Licitações indica como orientação para o procedimento licitatório a faculdade de, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo. Destaca-se:

*“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:*

*§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.”*

Assim, inconsistente a manutenção da desclassificação da TIM sem a devida fundamentação a qualquer infringência legal ou editalícia, principalmente considerando que o preço ofertado é o menor preço Global estimado para a presente contratação, bem como está aderente aos valores de mercado que abordam as mesmas características.

É óbvio que a Divisão deve ponderar seus atos com base na legalidade, bem como nos entendimentos já proferidos pelas Cortes de Conta, no sentido que qualquer vício deve ser averiguado e sanado, uma vez que tais falhas confrontam-se com o interesse público, fundado na contratação da melhor proposta apresentada no certame, cumprindo as exigências básicas do Edital.

O procedimento licitatório é vinculado às prescrições legais que o regem, em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei em sentido estrito mas, também, do regulamento, do edital, que complementa as normas superiores, tendo em vista a

licitação a que se refere.

Ainda, é preciso que se visualize o procedimento licitatório não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para se concretizar o direito material, prestigiando-se o interesse público. É a ideia da instrumentalidade do procedimento, que também é de ser aplicada.

Outro princípio basilar do recurso administrativo é o da legalidade. No caso em questão cabe referir-se ao princípio da legalidade expresso no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1.988, é voltado para a Administração Pública, e determina que esta somente poderá fazer alguma coisa se houver lei que autorize, toda a atividade administrativa deve estar devidamente ancorada na lei.

A respeito do princípio da legalidade, enquanto norma destinada à Administração Pública, muito bem explica o saudoso Hely Lopes Meirelles:

*“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.”* (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. pp. 87/88)



Importante ressaltar que a aplicação do princípio da legalidade ao recurso administrativo, não está apenas na sua previsão em lei ou princípio, mas em razão deste princípio, a autoridade ou órgão administrativo imbuído da competência para conhecer e julgar o recurso, ao proferir uma decisão deve pautar-se na lei, ou em atendimento ao princípio da legalidade, no caso, ao instrumento editalício.

Sobre o tema, é o que posiciona a jurisprudência do STJ:

*“A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art.41) REsp nº 797.179/MT, 1ª T., rel. Min.Denise Arruda, j. em 19.10.2006, DJ de 07.11.2006)”*

*“Consoante dispõe o art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração encontra-se estritamente vinculada ao edital de licitação, não podendo descumprir as normas e condições dele constantes. É o instrumento convocatório que dá validade aos atos administrativos praticados no curso da licitação, de modo que o descumprimento às suas regras deveria ser reprimido. Não pode a Administração ignorar tais regras sob o argumento de que seriam viciadas ou inadequadas. Caso assim entenda, deverá refazer o edital, com o reinício do procedimento licitatório, jamais ignorá-las. (MS nº 13.005/DF, 1ª S., rel. Min. Denise Arruda, j.em 10.10.2007, DJe de 17.11.2008).”*

Sobre o assunto, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado.

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE

SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrífa, a inexistência do documento. 2. **Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência.** 3. **A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade.** 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

Ora, as irregularidades trazidas à baila não retratam mero equívoco. Trata-se de inadequações graves ao que é claramente exigido no Instrumento Convocatório. E se não forem respeitadas as condições editalícias e seu julgamento não apurar a real aceitabilidade da proposta e da documentação da Recorrida, o pregão incorrerá em ilegalidade.

Caso a Administração atue em desconformidade com o que ela mesma determinou em seu Edital, abrirá precedente para a sua própria inobservância e irá ferir princípios legais e constitucionais que regem seus atos. Formalizará, portanto, ato caracterizado por discricionariedade subjetiva – que nada mais é que ilegal arbitrariedade - nas decisões relativas aos processos licitatórios, o que é inaceitável, em especial em se tratando de contratações regidas por lei e pelo interesse público.

Assim sendo, em atendimento ao disposto na legislação em vigor, em estrita

observância aos preceitos do Edital e pela obrigatoriedade de se manter a isonomia no tratamento entre as licitantes, não se pode conformar a Recorrente com a decisão que desclassificou do certame infundadamente e classificou outra licitante que apresentou valores acima do indicado no certame.

Há que se ressaltar ainda que o “interesse público” não deve ser visto de forma compartimentada, mas sim como um todo, a que o Il. HUGO NIGRO MAZZILLI se refere como verdadeiro INTERESSE PÚBLICO, “bem geral”, nas seguintes palavras:

*“(…) De minha parte, acredito que o bem geral exista. Tomemos aquele exemplo da fábrica que polui e gera empregos. Qual é o bem geral? Instalar a fábrica ou não instalar?*

*A meu ver, a decisão que consulta ao bem geral é a de instalar a fábrica e, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente, ou seja, é perfeitamente possível instalar uma fábrica que preserve os valores ambientais. Esse é o interesse público.*

*Os outros interesses compartimentados ou conflitantes é que, estes sim, não coincidem com o bem geral: instalar uma fábrica que polui, ou não instalar uma fábrica que gera empregos – esses sim são interesses compartimentados...”*

Com o merecido respeito, não há interesse verdadeiramente público em se praticar, na sessão de pregão, ato distinto e frontalmente oposto ao constante do Edital. O interesse público prima pela aplicação da lei e Estado de Direito, e nesse sentido o procedimento licitatório deve ser desenvolvido regularmente, com estrita observância das normas legais aplicáveis, sob risco de acarretar evidente descrédito por parte de seus interessados: os cidadãos.

O interesse público está, sim, em fazer valer o direito subjetivo de que o licitante dispõe, ao vencer certame absolutamente regular e no qual foi assegurada a igualdade entre os concorrentes.

Conforme destaca Celso Antônio Bandeira De Mello:

*“ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar*

*bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da Lei... Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”.*

E para ilustrar a importância do Princípio da Isonomia, transcrevemos ensinamento do ilustre jurista Jessé Torres Pereira Júnior (“Licitações de Informática”, Renovar, 2000, pág. 30):

*“(i) O Princípio da Igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;*

*Com base em preceitos legais, veja-se, a respeito do princípio da igualdade, o disposto no parágrafo 1º, do artigo 44, da Lei 8.666/93, e que se aplica subsidiariamente ao Pregão, e estabelece vedação à 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”.*

Ainda, quanto ao princípio da isonomia, menciona Joel de Menezes Niebuhr (in

“Princípio da isonomia na licitação pública”. Florianópolis: Obra jurídica,2000) que:

*“Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade. É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública. A competitividade tem o condão de juntar a isonomia e a eficiência. Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência.*

*O princípio da competitividade significa exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhe serão encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.*

*(...)*

*Para Carlos Ari Sundfeld, a competição, tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a Administração esteja obrigada a ensejá-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhes limites, barreiras ou dificuldades desarrazoadas. O caráter competitivo é da essência da licitação.”*

. Considerando-se os dispositivos legais, princípios constitucionais e entendimentos doutrinários sobre a matéria, não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes ou os desnivalem no julgamento, conforme preceitua o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93.

A aplicação da norma supra encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial. Os pretórios pátrios, através de suas decisões, asseguram sempre o caráter competitivo das licitações. É o que se depreende do julgado que segue:

*“Administrativo. Licitação. Princípios. Cláusulas editalícias excessivas e ilegais. Em razão da vinculação aos critérios objetivos de admissão dos participantes aos certames licitatórios, é vedado à Administração Pública estabelecer, nos editais ou em quaisquer outros instrumentos administrativos, cláusulas que, de uma forma ou de outra, resultem em discriminações, preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.”* (Ac. un da 3ª T do TJDF – REO 1999.01.1.082162-3 – Rel. Des. Vasquez Cruxên – j. 05.03.01 – Remte. Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública; Partes: Epasa Engenharia, Pavimentação e Saneamento Ltda. e Presidente da Comissão Julgadora do DER-DF – DJU 02.05.01)

Do voto do relator, nos autos do processo supra referido, oportuno transcrever a seguinte lição doutrinária:

*“(...) o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello bem elucida a questão, quando afirma: “O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração. O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.”*

Frise-se que o princípio da isonomia visa também garantir a ampla concorrência, garantindo-se assim oportunidade de tratamento igualitário aos iguais e participação de iguais em igualdade de condições nos processos licitatórios, a fim de que, igualadas as condições de participação, possa haver ampla competição para a melhor contratação pela Administração Pública.

Decorre daí a certeza, portanto, de que feridos os princípios e dispositivos legais, estará a Administração contratando mal, eivada que estará de ilegalidade em seu ato, sujeito a anulação.

Tendo em vista todos os argumentos trazidos à baila pela Recorrente, a Administração não pode de continuidade ao seu ato infundado de desclassificação da TIM, em flagrante ofensa à legislação, de forma imperativa e sem qualquer razão.

Diante de todo o acima exposto, é latente a violação da Comissão neste processo licitatório, principalmente no seu ato infundado de desclassificação da TIM, bem como declarar a CLARO S.A como vencedora do certame, tendo em vista a proposta da mesma não ter contemplado todas as exigências do certame, sendo certo que a decisão deste r. Pregoeiro está eivada de vícios, sendo necessária sua imediata revisão, com a devida classificação da TIM e o avanço para a fase de habilitatória, uma vez que sua proposta atendeu integralmente aos ditames editalícios estabelecidos.

- **DOS PEDIDOS**

Diante das razões ora aduzidas, a TIM requer:

Em que preze o zelo e o empenho deste digníssimo Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, em guardar o caráter isonômico do procedimento, respeitando os princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo, entendemos, com toda

vênia, que **SEJA ANULADA** a desclassificação da TIM, bem como **ANULADA** a classificação e a habilitação da Claro S.A, nas condições apresentada neste certame, sendo o presente recurso, no mérito **provido**.

E, diante de todo o exposto requer a V. Sas. o conhecimento da presente peça de defesa, para julgá-la totalmente procedente, dando, assim, continuidade ao procedimento, seguindo à adjudicação do contrato à empresa, respeitando os princípios supramencionados, dando seguimento ao processo licitatório.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2020.



---

**TIM S.A.**