

ILMO(A) SR(A) SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO

ILMO. SR. PREGOEIRO

RODRIGO GIACONELLO - ME., empresa estabelecida à Rua Dr. Antonio Augusto Reis Neves, n.º 473, Jardim Santa Ifigenia, nesta cidade e comarca de Olímpia, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob n.º 11.033.983/0001-89, vem, nos termos do Edital de Licitação em epígrafe, com fulcro no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, **RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO**, requerer seja revisto o ato de desclassificação da recorrente, **do contrário se tornarão ainda mais fortes os indícios de "desvio de finalidade"** nos atos do procedimento em epígrafe e, bem assim, de possível violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia, pois **o desigual tratamento dispensado aos licitantes encontra-se explícito** nos reportados atos.

No que tange à **"inabilitação"** da recorrente, há referência a um Parecer Jurídico entendido como **"vinculativo"**, em **"decisão"** na qual consta a seguir que cabe **"no caso, a desclassificação do licitante"** (grifamos).

Como é do conhecimento de Vossas Senhorias, não foi a recorrente quem deu causa a qualquer **"identificação"**. O licitante **"2333"** foi quem suscitou a questão.

Em diversos momentos, como se pode verificar nos autos, um tratamento **"diferenciado"** ocorreu: **a quantidade de "minutos" concedida para um e outro licitante já deixa evidente o tratamento desigual**, violando-se princípios constitucionais, notadamente os da isonomia e impessoalidade.

Em outra oportunidade, **"após ouvir a Secretaria requisitante"**, foi promovida nova diligência, com **"instruções"**

consistentes em "adequar ou reforçar sua concordância com os custos..." etc. Como dito, houve "**instruções**" \_ outro ponto que demonstra desigualdade no tratamento dispensado aos licitantes. Curiosamente, a diligência "requisitou" que a licitante "deverá adequar" a proposta, na forma como a instrui, e depois acata a proposta; **o que era requisitado** (exigível na forma da lei) **tornou-se dispensável depois.**

Pois bem, Em outras passagens, também se nota estranhas decisões, revistas posteriormente, sem qualquer motivação adequada: exigiu-se da licitante: algo que foi requisitado (exigido em conformidade com as normas) foi, ao que parece, considerado irrelevante posteriormente \_ tudo isso após a "desclassificação da recorrente \_ a proposta que tinha sido objeto de diligência, deixou de ser. Foi aceita.

Avolumam-se os indícios de que está havendo aí desvio de finalidade e violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

#### **DA DESCLASSIFICAÇÃO E DO CERCEAMENTO DE DEFESA**

No que tange à "**inabilitação**" da recorrente, há referência a um Parecer Jurídico entendido como "vinculativo", em "decisão" na qual consta a seguir que cabe "no caso, a **desclassificação** do licitante" (grifamos). O ato é de inabilitação ou desclassificação \_ dos quais, como se sabe, cabe recurso. "Saltá-lo" é mais um indício de desvio de finalidade ou "desvio de poder".

Como exposto, não foi a recorrente quem deu causa a qualquer "identificação". O licitante "2333" foi quem suscitou a questão. Com rápidas tecladas a internet possibilita o imediato acesso a processos judiciais e administrativos (no caso, TCE/SP) que tramitam nos respectivos órgãos.

Não foi inabilitado o citado licitante.



Na "decisão", **existe referência a um Parecer** entendido por Vossas Senhorias como vinculativo. **Que Parecer é este?**

Conforme o disposto no § 5º do art. 109, da Lei 8666/93, aplicável subsidiariamente ao Pregão, **"nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado"**.

Como exercer ampla defesa sem acesso ao conteúdo do ato consultivo em questão?

Sendo assim, **requer-se, desde já, seja o recuso recebido com efeito suspensivo ao Pregão**, ou o ato é passível de nulidade, por violar princípios constitucionais concernentes ao contraditório e ampla defesa.

Assim leciona Hely Lopes Meirelles:

*"A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado" (em Direito Administrativo Brasileiro, editora Malheiros, 22ª edição. Página 190). De outro vértice, a Súmula 473, do E. Supremo Tribunal Federal prescreve que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios" (TJ/SP - Apelação Cível 423 958 5/4).*

Ademais, quem promoveu a citação de nomes no referido certame foi a empresa ora vencedora, Janaina Fernandes cazonatto Morales - me., citação esta feita no dia 06/05/2020 às 09:10, conforme registro em ata do presente certame.

Vale ressaltar, e conforme consignado no item 8.8 do edital ao qual a Administração Pública esta vinculado, é expresso a vedação de identificação do detentor do lance, tanto pelos licitantes, quanto pelo Município. Portanto a desclassificação do fornecedor/licitante Janaina Fernandes Cazonatto Morales - ME é medida que se impõe.

Vale consignar ainda que, não havia sido iniciada pelo Pregoeiro a etapa de lances quando do requerimento do ora Recorrente, que, diga-se de passagem, não realizou nenhuma identificação, somente citando números de processos, sendo que quem realizou identificou e citação de nomes foi o fornecedor 3547 ora recorrido.

Com efeito, é de todo oportuno relatar ainda que, durante a análise da documentação do ora recorrente e aceitação por parte desta Municipalidade, o próprio licitante ora recorrido (Janaina), no dia 07 de maio do corrente ano, às 10:38:03, assume que não houve identificação, conforme registro em ata, a saber:

*"Sr. Pregoeiro, bom dia, Agora com a divulgação dos nomes após habilitação ficou claro que a empresa Rodrigo Giaconello se identificou no começo da licitação ao falar sobre sua ação contra a prefeitura e falar o número da ação, violando cláusulas do edital que proíbem a identificação, solicito assim sua desclassificação".*

Ora Senhores, somente após a divulgação do nome após a habilitação foi que o licitante Janaina identificou o nome do ora recorrente, restando claro que não houve identificação no começo do certame, bem como, a etapa de lances não havia sido aberta pelo Sr. Pregoeiro.

#### DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, **consustanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes**. A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário" (STF, Ag.Reg. na Medida Cautelar na Reclamação 6.702-5, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Sempre atual a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual "(...) **violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer**. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 943).

#### **DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

"O contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais proclamadas no art. 5º, LV, da CF, devem ser observados, não há dúvida, como regra geral, mas não absoluta, sob pena de ficar desamparado em muitos casos o interesse público, quando, então, impõe-se a prevalência da auto-executoriedade de que gozam os atos administrativos, relegando-

se para fase posterior o direito de **defesa**" - "apud" "Manual de direito administrativo", de José dos Santos Carvalho Filho, 14a ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pág. 134").

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do STJ é a de que tanto na hipótese de anulação quanto na de revogação, obrigatória se faz observância a exigência do contraditório e da ampla defesa (Cf: AI 228.554-AgR/MG, Primeira Turma, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 25/11/2005; RMS 24.188/DF, Segunda Turma, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 14/09/2007, RMS 23.360/PR, Primeira Turma, da relatoria da ministra Denise Arruda, DJ 17/12/2008; RMS 23.402/PR, Segunda Turma, da relatoria da ministra Eliana Calmon, DJ 02/04/2008; MS 7.017/DF, Primeira Seção, da relatoria do ministro José Delgado, DJ 02/04/2001).

**Se ao Parecer** entendido como vinculativo **não tiver acesso a recorrente, sua defesa será prejudicada**. E o ato do qual recorre violará princípios constitucionais e normas pertinentes à espécie.

Desde já **fica reiterado o requerimento de fornecimento ao recorrente, do aludido Parecer completo, a fim de que se possa exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa**.

Lembremos que dispõe a Lei 12.525/11 - Lei de Acesso à Informação, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal (em sintonia com os demais preceitos da Lei de Licitações e Contratos) que **"constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público que recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa (art. 32, I, LAI)**.

Além do que, a violação do direito à ampla defesa e ao contraditório acarreta a nulidade do ato, reitere-se.

**DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE**

O princípio da isonomia, expressamente estabelecido em nossa Lei Maior, se revela um dos direitos fundamentais dos cidadãos, conquistado por relevante esforço daqueles que por séculos lutaram em busca da igualdade e da aplicação da verdadeira democracia preconizada no Estado Democrático de Direito.

Reza o artigo 5º, caput, da Constituição Federal vigente que: *"todos são iguais perante a Lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)"*.

"O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações (perseguições) e privilégios (favoritismo) no exercício da função administrativa" (Manual de Direito Administrativo / Alexandre Mazza. - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 141).

Renomados administrativistas tratam do princípio administrativo da impessoalidade sob dois prismas, um deles segundo o qual é defeso ao agente público promover-se à custa das realizações da administração pública (vedação à promoção pessoal, e outra "como determinante da finalidade de toda a atuação administrativa (também chamado princípio da finalidade, considerado um princípio constitucional implícito, inserido no princípio expresso da impessoalidade)":

*"A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência. Dessa forma, **impede perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados.** Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do*

interesse público será nulo por desvio de finalidade.

Por exemplo, o ato de remoção tem a finalidade específica de adequar o número de servidores lotados nas diversas unidades administrativas de um órgão ou entidade às necessidades de mão de obra de cada unidade, conforme a disponibilidade total de servidores no órgão ou entidade. **Se um ato de remoção é praticado com a finalidade de punir um servidor**, que tenha cometido urna irregularidade, ou que trabalhe de forma insatisfatória, **o ato será nulo, por desvio de finalidade**, mesmo que existisse efetiva necessidade de pessoal no local para onde o servidor foi removido (...) mas basta o desvio da finalidade específica para tornar o ato nulo ("Direito administrativo descomplicado" - Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo - 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 240).

No presente caso, além de violação a princípios, a manutenção de atitudes como as mencionadas tem grande potencialidade de configurar "desvio de finalidade", de modo que se violará também a lei, no caso, o art. 2º, alínea "e", da Lei nº 4.717/1965, do qual se tratará a seguir.

#### DO DESVIO DE FINALIDADE (OU "DESVIO DE PODER")

O desvio de finalidade é a prática por meio da qual se configura abuso do agente ao pretender obter resultado diverso daquele que a lei permite.

Nos termos do art. 2.º, parágrafo único, alínea "e", da Lei 4.717/1965 (que trata da ação popular), "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

"O desvio de poder é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima. Por isso é



que tal vício é também denominado de *desvio de finalidade*, denominação, aliás, adotada na lei que disciplina a ação popular (Lei nº 4.717, de 29.6.1965, art. 2º, parágrafo único, "e") (José dos Santos Carvalho Filho, *O desvio de poder*, RDA 172/9).

No que tange ao desvio de finalidade praticado por meio dos atos, verifica-se um tratamento "diferenciado" com relação ao recorrente, e "o desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela **aparência** de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário" (DALLARI, Adilson Abreu. *Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo*. Salvador, Revista de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7, julho/agosto/setembro, 2006).

#### DA OBSERVÂNCIA DO PREGÃO AOS CITADOS PRINCÍPIOS

O Decreto Federal nº 10.024/19, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal, assim estabelece:

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

"As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o

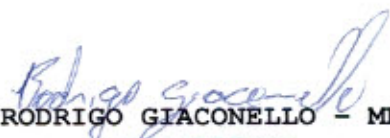
princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação”, consta do § 2º do mesmo art.

Ante o exposto, requer-se seja recebido o recurso, com efeito suspensivo, fornecendo ao recorrente o aludido Parecer na íntegra (sob pena de serem aplicadas as cominações legais (especialmente as previstas na Lei de Acesso à Informação, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92 - art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições); na Lei de Licitações e na Lei que trata da Ação Popular, a fim de que seja anulada a inabilitação (ou desclassificação) da recorrente, retomando-se o procedimento, como medida de cumprimento à legislação e como medida de justiça.

Termos em que,

P. E. Deferimento.

Olimpia, 19 de maio de 2020.

  
**RODRIGO GIACCONELLO - ME.**  
**RECORRENTE**