

Ilmo. Sr. Presidente da Comissão Especial de Licitação da ARSER – Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados de Maceió (em referência ao Edital de Concorrência Pública nº 01/2019, LOTE II).

VIA AMBIENTAL ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A., sociedade por ações inscrita no CNPJ sob o nº 09.558.134/0001-05, com sede na Rua Granito, nº 80, Prazeres, CEP 54.335-140, na Cidade de Jaboatão dos Guararapes, Estado de Pernambuco, regularmente representada, nos termos de seus atos constitutivos, pelo Diretor ao fim assinado, vem, respeitosamente, com fundamento equiparado nos ditames do art. 109, inc. I, alínea “b” e seguintes da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO com efeito suspensivo**, em face de ato proferido em sessão do dia 26/12/2019, o qual determinou a reapresentação e envelopes de proposta comercial, com base no art. 48, § 3º da Lei 8.666/93, nos autos do certame representado pelo **EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 01/2019 (LOTE II)**, pelos fatos e fundamentos de direito que a seguir passa a expor, na forma do memorial anexo.

Não obstante, requer que Vossa Senhoria se digne a apreciar a questão aqui ventilada, exercendo o direito de retratação que lhe é facultado pela Lei vigente (art. 109, § 4º da Lei 8.666/93), acatando o pedido formulado pela Recorrente.

Outrossim, na remota hipótese de Vossa Senhoria manter a decisão ora recorrida, requer se digne remeter as razões do Recurso para a Autoridade Hierárquica Superior, com efeito suspensivo do presente certame, a fim de que, no prazo de Lei, profira decisão devidamente fundamentada.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.
Maceió (AL), 09 de janeiro de 2020.



VIA AMBIENTAL ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A.
Romero Carneiro Leão
Diretor Presidente

DOUTA AUTORIDADE SUPERIOR
DOUTA COMISSÃO DE JULGAMENTO

RAZÕES DO RECURSO

**EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 01/2019 (LOTE II), DA COMISSÃO ESPECIAL
DE LICITAÇÃO DA ARSER – AGÊNCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DE
SERVIÇOS DELEGADOS DE MACEIÓ**

1. DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO:

Primeiramente, vale demonstrar que o presente recurso é interposto em tempo hábil, nos termos da Lei 8.666/93, haja vista que a fixação dos critérios de prazo recursal foram definidos na ata de sessão do dia 26/12/2019, na qual se disciplinou data de início de prazo de 05 (cinco) dias úteis em 06/01/2020 (segunda-feira), com término em 10/01/2020 (sexta-feira), oportunidade em que se procede protocolo de interposição.

2. DAS RAZÕES DE MÉRITO:

Por resumo e contextualização, diz-se que o assunto versa sobre concorrência pública em que ocorreu violação de envelope de proposta comercial da Recorrente, com desdobramentos diversos, envolvendo inclusive autoridades externas, culminando com decisão da Comissão de Licitação, no sentido de se valer, por analogia, do art. 48, § 3º da Lei 8.666/93, de modo a determinar que todos os licitantes representassem suas propostas comerciais, *“uma vez que por ter ocorrido a ruptura do referido envelope, todas as demais propostas estariam sendo desclassificadas”* (conteúdo da ata de 26/12/2019).

Pois bem, apesar de inquestionável o intuito de razoabilidade e preservação do certame (eficiência) pela Comissão de Licitação, a decisão tomada enseja risco enorme de vício de quebra de isonomia, em detrimento de alternativa de se manterem e serem abertos e consignados em ata os preços atuais de todos os licitantes.

O mesmo se explica por circunstâncias fáticas que precisam ser aqui relacionadas e debatidas, sob o enfoque de interesse não só da Administração, mas, principalmente, de se preservar **a Recorrente, que se afigura como única participante exposta ao risco enorme, caso seja mantida decisão ora combatida.**

Em tempo, é importante ainda frisar que toda a exposição desta peça recursal se faz sem imputar conduta ilícita em desfavor de qualquer membro do Ente Licitante, bem como dos demais participantes do certame.

Na verdade, o foco da presente exposição é demonstrar uma necessária revisão de ato administrativo, mediante ponderação de fato e sopesamento de Princípios que norteiam as licitações públicas.

Neste contexto, explica-se.

É incontroverso o originário recebimento de envelope de proposta comercial da Recorrente lacrado e sem sinais de violação, conforme destacado até mesmo em ata de 27/09/2019, pelo representante da licitante EPPO.

Ocorre que com o evento de constatação de descolamento de lacre do mesmo envelope na sessão de 27/09/2019, o evento foi suspenso, prosseguindo-se a tramitação interna, culminando com a remessa do mesmo envelope ao Instituto de Criminalística do Estado de Alagoas.

O resultado desse envio se concretizou no LAUDO PERICIAL Nº 5596.19.8222.19, cujo conteúdo foi INCONCLUSIVO acerca da violação ter sido causada por descolamento de lacre em virtude da ação do tempo, ou se por ação humana, afirmando contudo que o conteúdo do mesmo envelope poderia ser retirado pela abertura verificada, em sua dimensão.

A proposta comercial se encontra em poder do Instituto de Criminalística do Estado de Alagoas desde a sua remessa originária para fim de elaboração do referido laudo pericial.

Importante destacar que em poder do Instituto de Criminalística do Estado de Alagoas o envelope foi DEVESASDO, à toda evidência, por necessidade própria da elaboração da perícia, conforme se constata dos relatos do seu conteúdo, com informações lá consignadas de seu volume e ordem de numeração de páginas, encadernamento, etc., conforme se verifica em fl. 8218 deste procedimento.

Como desdobramento, o DESPACHO CONJUNTO em fl. 8220 indica que *“Diante desse fato, nos parece que o cenário posto indica para um momento de dúvidas quando a integralidade do documento periciado e que, ao nosso sentir, poderia contaminar todos os demais envelopes do lote em discussão (lote II).”* (grifos adicionados).

Ora, a integralidade do conteúdo documento periciado (a proposta comercial propriamente dita) está garantida pelo relato contido no próprio Laudo, ao se consignar suas características físicas de paginação.

Outrossim, com todo o respeito necessário à gravidade e importância do momento, não se entende ou se identifica fundamento para arrimar a premissa de que os demais envelopes estariam contaminados.

Os referidos envelopes ainda se encontram em posse da Comissão de Licitação, INVIOLADOS.

Contudo, esta incorreta premissa adotada no Despacho Conjunto motivou a seguinte deliberação no mesmo conteúdo (fl. 8221):

“No caso em espécie, analisando a doutrina e jurisprudências vê-se que o único caminho a ser realizado é a desclassificação das propostas apresentadas pelas concorrentes unicamente do lote II, nos termos do art. 48, § 3º da Lei 8.666/93.”

De fato, o referido Despacho Conjunto não indica precedente doutrinário ou jurisprudencial, mas faz apenas referência à suposta existência dos mesmos. Isto até se explica, diante da atipicidade do momento e evento.

Contudo, aqui não se discutem os requisitos de aplicabilidade do mencionado art. 48, § 3º da Lei 8.666/93, posto que o mesmo foi utilizado por analogia.

A questão vai além. A discussão se insere na órbita da discussão sobre a validade da fundamentação do ato administrativo e, por conseguinte, a aplicação de diversos Princípios Administrativos e seu sopesamento, conforme se verá mais adiante.

Finalmente, culminam-se os atos da sessão de 26/12/2019, em que a Comissão informa a decisão, no que se opôs a ora Recorrente, exercendo agora seu direito recursal.

Assim esboçado, cumpre destacar algumas premissas, ainda que em repetição ao que foi antes dito.

(I) O envelope da Recorrente foi recebido lacrado.

(II) A violação foi posterior, quando em posse do Ente Licitante, independentemente de sua forma (se por ação do tempo, se por ação humana).

(III) Após remessa do envelope ao IC se percebe uma completa perda de controle sobre o sigilo do conteúdo do envelope, que ainda se encontra em posse do mesmo IC, podendo ser vistoriado por qualquer pessoa daquele órgão ou qualquer outro agente (sem que aqui se impute qualquer vontade ilícita a qualquer pessoa).

O fato é que o sigilo da proposta foi violado, o que se operou APENAS em desfavor da Recorrente, e não em relação aos demais envelopes dos outros licitantes.

Mas justamente por esta premissa é que a decisão da Comissão Julgadora é equivocada, e prejudicial apenas à Recorrente.

É que em sendo o sigilo da proposta violado, é também possível, ao menos em tese, o conhecimento da metodologia de sua elaboração, especialmente, seu valor final.

O argumento precisa ser exposto com o cuidado de não se imputar ilicitude a ninguém, mas apenas indicar uma relevante premissa de fato.

Mesmo neste contexto, qualquer licitante que eventualmente tenha tomado conhecimento, ao menos, do valor global da Recorrente, poderá, nesta reapresentação, refazer sua proposta para ter indevido ganho de competitividade e ofertar menor referência.

O mesmo se explica quando, por exemplo, por inúmeras formas indiretas, ainda que superficialmente, pessoas diversas tomaram o conhecimento do valor final da proposta, seja no trânsito entre órgãos da Administração Pública, seja internamente, na sua própria manipulação em momento de execução da perícia.

Logo, oportunizar a todos os licitantes a apresentação de novos envelopes, quando o de todos os demais (exceto a Recorrente) estariam seguramente inviolados, é condição de tratamento não isonômico.

E aqui se adentra na discussão sobre Princípios antes mencionada.

Para tanto, e partindo por uma contextualização mais básica, Maria Sylvia Zanella DI Pietro traz o conceito de ato administrativo como sendo “(...) *a declaração do Estado, ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*”, sendo certo ainda que a mesma autora traz a seguinte consideração quanto à um de seus requisitos essenciais de constituição e validade, qual seja, o Motivo¹:

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.

Pressuposto de Direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato.

Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam à administração a praticar o ato.

(grifos adicionados)

Na mesma linha, Celso Antonio Bandeira de Mello elucida a questão do Motivo Administrativo²:

Todo e qualquer ato administrativo, provenha de onde provier - Legislativo, Executivo e Judiciário - tem requisitos para sua válida expedição. Dentre eles, de par com o estrito respeito à finalidade que a lei assinala para o ato, avulta a exigência de que a conduta administrativa esteja estribada nos pressupostos fáticos, isto é, nos motivos que a norma jurídica tomou em conta ao autorizar ou exigir dada providência.

(...)

Devem ser distinguindo o motivo legal e o motivo de fato. Motivo legal é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, contida na regra de direito, ao passo que o motivo de fato é a própria situação fática, reconhecível no mundo empírico, em vista da qual o ato é praticável. Evidentemente, para validade do ato, impede que haja perfeita subsunção do motivo de fato ao motivo de direito; vale dizer, cumpre que a situação do mundo fático, tomada como base do ato, corresponda com exatidão ao motivo legal.

(...)

A autoridade necessita referir não apenas a base legal em que se quer estribada mas também os fatos ou circunstâncias sobre os quais se apoia e, quando houver discricção, a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida tomada, de maneira a se poder compreender sua idoneidade para logra a finalidade legal. A motivação é, pois, a justificativa do ato.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 189, 203;

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo:Malheiros. 2000. p. 86, 87, 99, 102

Faltando a enunciação da regra jurídica proposta como aplicada, não se terá com saber se o ato é adequado, ou seja, se corresponde à competência utilizada; omitindo-se a enunciação dos fatos e situação á vista dos quais se está procedendo de dado modo, não se terá como controlar a própria existência material de um motivo para ele e, menos ainda, seu ajustamento a hipótese normativa: carecendo de fundamentação esclarecedora do porquê se agiu de maneira tal ou qual não haverá como reconhecer-se, nos casos de discricção, se houve ou não prestante para justificar a medida e, pois, se ela era, deveras, confortada pelo sistema normativo.

(...)

Bem por isso, decisões imotivadas, sigilosas, entregues ao exclusivo e irrevisível “arbítrio” ou “juízo de consciência” dos próprios autores do ato são radicalmente inconvivalentes com o “Estado de Direito”, além de se chocarem com o simples senso comum, que postula naturalmente a aceitação da falibilidade humana e conseqüentes mecanismos de seu controle.

(grifos adicionados)

Este é justamente o foco de invalidação da decisão (do ato) da Comissão de Julgamento, ao determinar a reapresentação de todas as propostas.

O motivo adotado partiu do seguinte pressuposto de fato, conforme antes destacado: “(...) *ao nosso sentir, poderia contaminar todos os demais envelopes do lote em discussão (lote II).*”.

Contudo, já se mostrou que esse motivo é inválido, e causa risco e prejuízo apenas em desfavor da Recorrente.

Este é o erro de interpretação que invalida o ato.

No caso, apesar de se basear em Princípio de Razoabilidade, a Comissão Julgadora ofende o Princípio da Isonomia e mitiga o Princípio da Competitividade por via reflexa.

Neste contexto, a proporcionalidade entre os eventos e a decisão combatida não foi adequada.

Sobre o assunto do Princípio da Proporcionalidade ou da adequação axiológica e da correspondente vedação de sacrifício excessivo, Juarez Freitas³ elucida:

*O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a **sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos**. Esta parece ser uma fórmula suficientemente esclarecedora acerca do princípio. Por todo o exposto, fácil perceber que o princípio da proporcionalidade apresenta-se especialmente relevante por limitar e forçar a reconceituação do poder de polícia administrativa, de sorte a estabelecer firmes parâmetros ao seu exercício.*

(grifos adicionados)

O raciocínio é retilíneo e versa especialmente sobre princípios aplicáveis aos procedimentos licitatórios, e Princípios são incontornáveis.

³ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 57;

Dentro de tal linha de entendimento, Hely Lopes Meirelles⁴ ensina:

“O nivelamento de todos os interessados, diante das cláusulas do edital ou do convite, é a garantia de seriedade que a administração oferece aos licitantes. Reciprocamente, todos eles estão no dever de apresentar com honestidade e boa-fé suas propostas dentro dos padrões que a administração estabelece, sob pena de invalidarem as ofertas.”
(grifos adicionados)

Neste contexto de adequação de princípios, a lição de André Luiz Freire⁵ é particularmente valiosa ao caso concreto:

*“4.3. O princípio da legalidade, que prevê a invalidade do ato administrativo (unilateral ou bilateral), não determina que a Administração sempre o retire do sistema jurídico. **Em muitos casos, a retirada do ato inválido irá provocar um distúrbio indevido na estabilidade das relações constituídas**, frustrando expectativas legítimas dos administradores. Em tais hipóteses, está caracterizada a ofensa ao princípio da segurança jurídica, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da Constituição).”*
(grifos adicionados)

No caso, e conforme antes dito, apesar de se basear em Princípio de Razoabilidade, a Comissão Julgadora ofende o Princípio da Isonomia e mitiga o Princípio da Competitividade por via reflexa.

Edgar Guimarães⁶ traz ensinamento relevante para o argumento ora exposto:

“Como princípio implícito do texto constitucional, a razoabilidade impõe ao administrador público a necessidade de atuação adequada e proporcional, numa relação estritamente objetiva de congruência lógica entre os pressupostos de fato (motivo) e o ato emanado.
*Significa dizer que a atuação administrativa, especialmente em sede discricionária, deve nortear-se por um **critério de razoabilidade, firme, concreto e aceitável do ponto de vista racional, coerente**, adequado às finalidades instituídas em lei.”*
(grifos adicionados)

Este é o cerne da questão, pois não é razoável presumir contaminação dos demais envelopes do lote, de modo a ensejar ordem de reapresentação por todos os participantes, quando se sabe que APENAS a Recorrente pode ser prejudicada com esta conduta, pelos motivos já narrados.

Verifica-se aqui um cenário de riscos, maior e menor.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e Contrato Administrativo**. 12ed. São Paulo:Malheiros. 1999. p. 123;

⁵ FREIRE, André Luiz. **Manutenção e Retirada dos Contratos Administrativos Inválidos**. Col. Temas de Direito Administrativo, vol. 20. São Paulo:Malheiros. 2008. p. 189;

⁶ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das Licitações Públicas**. São Paulo: Dialética. 2002. p. 56/57;

Risco menor mantém servíveis os envelopes atuais, independentemente de sua condição de inviolabilidade, e, eventualmente, se sujeitar a Recorrente à manipulação de seu conteúdo, no que se preserva algum resquício de segurança, posto que o volume de folhas está declarado (até mesmo no laudo pericial do IC) e pode ser conferido ou até mesmo recuperado.

Risco maior se verifica na oportunidade de apresentação de novas propostas, com potencial quebra a isonomia e, sem qualquer controle do quão devassado e dispersado foi o conteúdo informativo da proposta comercial da Recorrente, permitir aos demais licitantes recomponem suas propostas para ofertarem valores menores, com desvirtuação de competitividade.

Risco menor preserva a essência do que se propôs originalmente (mesmo com as mazelas já relatadas), e isso é que deve orientar o ato de continuidade do certame.

Não se fala mais em inviolabilidade irrestrita. Fala-se na bem possível conduta de preservar o conteúdo das propostas originais.

Os envelopes em posse da Comissão estão lacrados e indevassados. Já o envelope da Recorrente, apesar violado, possui conteúdo seguro e preservado.

Mesmo o conhecimento do valor global da Recorrente no estado atual do assunto não gera prejuízo para a Administração e para a própria Recorrente, pois não se facultará aos demais participantes qualquer ajuste de suas propostas atuais, seja em que contexto for.

Mesmo na hipótese de odiosa (hipotética) violação voluntária para supressão criminosa de elementos, a proposta é numerada e rubricada sequencialmente, pelo que não seria difícil desconstituir a suposta prática, por várias formas.

Mesmo na hipótese de odiosa (hipotética) de que por alguma forma mirabolante a própria Recorrente fosse autora e beneficiada do ato de abertura de seu envelope, não se verificaria resultado prático nenhum, diante do conteúdo ainda indevassado dos demais envelopes.

É de se firmar então o entendimento do menor dos males (como efetivo sopesamento de princípios), no sentido de que devam ser abertos todos os envelopes de preços na forma atual apresentada, sejam eles os inviolados dos demais licitantes, seja o próprio envelope violado da Recorrente, de modo a se prezar pela correta aplicação da razoabilidade ao caso concreto, em conjunto com o desejo de se preservar o procedimento licitatório (princípio da eficiência), diante da relevância e urgência do objeto pretendido para a contratação.

3. DOS REQUERIMENTOS FINAIS:

Diante do exposto, respeitosamente requer a Recorrente que essa Comissão de Licitação receba e conheça o presente Recurso Administrativo, para que, considerando os argumentos nela aduzidos, reconsiderar o ato de se valer, por analogia, do art. 48, § 3º da Lei 8.666/93, ao determinar que todos os licitantes representem suas propostas comerciais, tudo para que seja determinada a retomada do certame, com abertura de todos os envelopes antes apresentados pelos demais participantes, bem como juntada aos autos do conteúdo do envelope da Recorrente, consignando-se TODOS os preços em ata, e retomando-se a marcha normal do procedimento do certame representado pelo **EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 01/2019**.

Contudo, não sendo esse o entendimento expresso, pede a Recorrente que a presente peça exordial seja encaminhada como **RECURSO, com efeito suspensivo**, à Autoridade Hierarquicamente Superior e competente para apreciação das razões de fato e direito expostas, nos termos do art. 109, inc. I, alínea “b” e seguintes da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), para que então lhe seja dado **TOTAL PROVIMENTO**, no sentido reformar o ato ora impugnado, nos termos descritos no pedido anterior.

Por fim, nos termos do § 3º do Art. 109 da Lei 8.666/93, pede a Recorrente que seja procedida a comunicação aos demais licitantes da interposição do presente Recurso Administrativo, a fim de que, se quiserem, possam impugná-lo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.
Maceió (AL), 09 de janeiro de 2020.



VIA AMBIENTAL ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A.
Romero Carneiro Leão
Diretor Presidente