A PREFEITURA MUNICIPAL DE XAXIM/SC

PREFEITURA MUNICIPAL XAXIM
RECEBIDO 05/06/14
1268 mari
Protocolo

PREGÃO LICITATÓRIO 119/2014

CAROLINE REGINATTO, brasileira, advogada, inscrita no RG n. 4.035.701-5 e portadora do CPF n. 053.581.549-22, tempestivamente, vem, à presença de Vossa Senhoria, a fim de interpor RECURSO ADMINISTRATIVO, contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que inabilitou a recorrente, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitacional 119/2014, a recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias.

No entanto, a douta Comissão de Licitação julgou a subscrevente inabilitada sob a alegação de que houve infração, por isso, teria desatendido o disposto na primeira parte do Item n° do Edital.

Ocorre que, essa decisão não se mostra consentânea com as normas legais aplicáveis à espécie, como adiante ficará demonstrado.

II – AS RAZÕES DA REFORMA

A Comissão de Licitação ao considerar a recorrente inabilitada sob o argumento acima enunciado, incorreu na prática de ato manifestamente ilegal, numa interpretação literal e positivista do dispositivo, destituída de conceitos sociais modernos.

Senão vejamos:

De acordo com a letra d ítem 9.4 n° do Edital, - dispositivo tido como violado -, a licitante deveria juntar documento comprovante de residência autenticado.

Rua: João Lunardi, 800 – Centro – Xaxim/SC
Fone: (49) 88311061

Ressalta-se que o licitante, ao apresentar-se em um certame licitatório presencial, deve dirigir- se ao presidente da Comissão de Licitação ou ao Pregoeiro e passar-lhes às mãos os documentos relativos à sua habilitação.

O artigo 37, XXI da Carta Magna prevê a instituição do processo de licitação para as obras, serviços, compras e alienações e, ao final veda exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam essenciais ao cumprimento das obrigações. Apesar de o artigo 32 da lei geral de licitações não estar diretamente relacionado à qualificação técnica e econômica, pode-se, utilizando uma interpretação sistemática, entender que a exigência deste dispositivo é absolutamente dispensável.

Apesar da interpretação do dispositivo parecer correta, após a edição do Código Civil de 2002 e da Lei n. 11.419/2006, não é mais aceitável tal entendimento, conforme se pretende demonstrar no presente trabalho, pois não há mais espaço, no ordenamento jurídico contemporâneo, para interpretações literais. As normas legais não se encontram isoladas no ordenamento jurídico, devendo ser interpretadas em conjunto com as demais, de acordo com uma lógica. A melhor interpretação deve ser aquela que acompanha a evolução do direito e da sociedade, utilizando o princípio da ponderação de bens que tem como objetivo o equilíbrio entre os direitos em conflito.

AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

As inovações trazidas com o Novo Código Civil de 2002 e as diversas alterações sofridas pelo Código de Processo Civil, ao longo dos últimos anos, trouxeram reflexos nas mais variadas áreas do Direito. Ocorre, contudo, que algumas modificações são introduzidas no ordenamento jurídico sem a devida preocupação em se estudar os reflexos nas demais legislações.

Desta maneira, o ordenamento jurídico pátrio acaba por virar uma colcha de retalhos, cabendo aos operadores do Direito aplicar as regras de hermenêutica na tentativa de compatibilizar os novos dispositivos aos demais institutos vigentes. Isto acaba criando sérias dificuldades práticas na aplicação das regras novas e antigas, pois lacunas e antinomias acabam por surgir.

A Administração Pública por reger-se, precipuamente, pelo princípio constitucional da legalidade estrita está presa à letra da lei, não podendo, em regra, seus agentes, valerem-se dos mecanismos de interpretação.

O Código Civil traz em seu Livro III, Título I, as disposições gerais dos negócios jurídicos. Logo o primeiro artigo deste título (artigo 104), traz os requisitos dos negócios jurídicos. Seu inciso terceiro prescreve como obrigatório que todo o negócio jurídico possua forma prescrita ou não defesa em lei, ou seja, a regra é a liberdade das formas e a exceção, a forma legalmente estabelecida ou por esta não vedada. Rose Melo Vencelau (2003, p. 188), na obra coordenada por Gustavo Tepedino, destaca que a forma do ato está umbilicalmente ligada ao plano de validade do negócio jurídico, podendo, a sua inobservância gerar nulidade ou anulabilidade.

Por sua vez, o artigo 107 do mesmo diploma legal correlaciona-se com a premissa inicial. Estabelece que toda e qualquer declaração de vontade não depende de forma especial, salvo imposição legal no sentido contrário, como, por exemplo, o que ocorre com a compra, venda e transferência dos bens imóveis, que têm

que ser feitas por escritura pública, quando seu valor for superior a 30 (trinta) salários mínimos.

Prosseguindo com o raciocínio, o estatuto civil, em conformidade com as últimas tendências sociais, prevê como pré-requisito basilar para todos os negócios jurídicos, o princípio da boa-fé objetivo, em que esclarece que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os costumes do lugar de sua celebração. Modernamente, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, este princípio ganhou um contorno mais claro, sendo considerado como o dever moral e ético que deve pautar todas as condutas humanas.

Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 31), explicando o aludido princípio, em sua obra consumerista, ensina que: a chamada boa-fé objetiva que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões da ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo.

Apesar de a obra citada referir-se ao consumo, pode e deve ser aplicada em toda a vida civil do indivíduo, regulando a sua conduta com outrem ou com a
Administração Pública. As lições extraídas influenciam todos os campos de aplicação do Direito. A boa-fé objetiva é o vínculo ético-moral que deve reger a vida e o comportamento do indivíduo em sociedade.

Tal princípio é de tamanha importância que Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 30) chega a compará-lo, no plano infraconstitucional, com o principio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo, ainda, classificado como "a base do tráfico jurídico", o "novo mandamento".

Prosseguindo com o estudo, comparativamente, o artigo 225 do Código Civil Brasileiro indica a tendência do legislador de se considerar, em princípio, verídicos determinados tipos de documentos. Isto demonstra mais uma vertente do princípio da boa-fé. Vê-se, claramente, que podendo aquele (legislador) inserir neste dispositivo uma garantia pública de veracidade (*v.g.* autenticação cartorária), optou por não fazê-lo, preferindo acreditar na boa-fé daquele que apresenta o documento.

Em razão desta nova acepção, o Poder Judiciário não mais exige que as reprografias venham autenticadas por cartório, o que gera, além de economia financeira para aquele que pretende fazer prova, ampliação ao acesso à justiça, pois reduz o custo indireto do processo e o desburocratiza.

ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CORRELATOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No que tange à força probante dos documentos, a alteração trazida pela lei n° 11.419/2006, que acrescentou o inciso VI ao artigo 365 do Código de Processo Civil, verifica-se que a nova sistemática das provas também se relaciona com o princípio da boa-fé, pois concedeu ao advogado privado, que não possui fé-pública, a possibilidade de juntar documentos ao processo judicial, com força de original, salvo alegação motivada e fundamentada de adulteração.

Contudo, a presunção de veracidade é *iuris tantum*, ou seja, é relativa, admitindo prova em contrário. Nesta linha Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 361) defende que o "conteúdo do documento particular autêntico é presumido verdadeiro,

Como dito, o inciso em estudo foi acrescentado à legislação processual no ano de 2006, o que demonstra seu caráter contemporâneo e convergente com a hermenêutica jurídica atual e com os demais princípios constitucionais e legais. Esta alteração está em consonância com a principiologia do atual Código Civil, bastando que o compare com o artigo 225 deste diploma.

O artigo 383 do estatuto processual traz previsão semelhante aos artigos supramencionados, todavia, seu campo de incidência é menor, pois, diferentemente do Código Civil, não faz menção à reprodução eletrônica, em que podem ser incluídas as comunicações por fax, Internet, rádio, entre outros.

Ainda, o Código de Processo Civil é norma de direito público, devendo ser aceitas pela Administração Pública as formas estabelecidas no art. 365, VI do Estatuto Processual Brasileiro. Jessé Torres (2009, p. 434) aponta nesse sentido ao afirmar categoricamente:

Será aceita autenticação por cartório ou servidor autorizado; o critério segue a orientação dos arts. 364 e 365 do Código de Processo Civil, não fossem as normas de direito processual judiciário, direito público que é, influentes sobre o processo administrativo.

Note-se que o autor não fez menção a qual dos incisos do art. 365 referia-se, fez sim uma indicação ampla de ambos os artigos, devendo ser entendido que a influência do art. 365 do Codex Processual sobre o processo administrativo merece ser irrestrita, pois, assim como a lei 8.666/93, é uma norma de direito público.

DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Pelo que vimos, estão em cheque duas vertentes antagônicas, de um lado a vinculação do administrador público à lei que exige que o mesmo verifique o cumprimento da regra do art. 32, caput da lei n° 8666/93 (princípio da legalidade) e de outro lado, o princípio da boa-fé objetiva, o qual modernamente rege as relações da sociedade. Sendo assim, como há a colisão entre dois princípios, deve ser feito um trabalho que busque qual dos dois princípios prevalecerá, isto ocorrerá através do emprego da ponderação de bens. Para ilustrar a questão pode ser usada a metáfora da balança, que consiste em colocar em cada lado da mesma os princípios em jogo e observar para qual dos lados o braço da balança tenderá.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho (2003, p. 44), ao citar Daniel Sarmento, conclui que para a correta aplicação do princípio da ponderação de bens deve ser observado pelo jurista que a restrição dos direitos deve ser idônea e a menor possível, a ponto de não suprimir por completo o direito da parte oposta e, por final, o benefício alcançado deve compensar a restrição imposta ao interesse alheio. Os direitos postos na balança são, de um lado, do licitante de boa-fé que, preenchendo os requisitos do edital tem direito subjetivo de participar do torneio, e de outro, o da Administração Pública, de selecionar a proposta mais vantajosa, observando as cautelas necessárias.

A argumentação de que a Lei n. 8.666/93 é especial em relação às demais apresentadas e, por conseqüência, deve ser aplicada às licitações públicas, apesar de ser factível, não é a questão crucial. Todo o arcabouço jurídico não está isolado no ordenamento, devendo se amoldar à Constituição Federal e às técnicas interpretativas do Direito, que têm a incumbência revelar o melhor sentido da norma.

O Judiciário carioca, dando plena aplicação ao princípio da boa-fé objetiva, por diversas vezes, considerou desnecessária a apresentação de documentos

autenticados em processos sobre sua jurisdição, até por não causar qualquer prejuízo à parte contrária.

> "Processo n° 2006.002.12659 - Agravo De Instrumento - Des. Ricardo Rodrigues Cardozo - Décima Quinta Câmara Cível - Inventário. Herdeira. Habilitação. Prova da Filiação. A Agravada juntou cópia do seu registro civil pura fazer prova da sua qualidade de herdeira, na qual figura como filha do falecido. Pelo que se depreende, pretende a Agravante que a Agravada apresente provas de que é legitima herdeira do falecido. Ora, a prova foi feita com a juntada da certidão de casamento e corroborada com a juntada da segunda via da certidão de nascimento. Não há qualquer imposição legal que imponha a autenticação para que o documento tenha força probatória. Recurso manifestamente improcedente, e que nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, nega-se seguimento."; "2005.001.18747 - Apelação Cível - Des. Edson Vasconcelos - Julgamento: 03/08/2005 - Décima Sétima Câmara Cível - Apelação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Indeferimento da inicial por ausência de autenticação de alguns documentos - Rejeição da preliminar

Poder-se-ia argumentar sobre a possibilidade ou não da norma de direito privado derrogar norma de direito público. Sabe-se que a Administração Pública é regida ora por aquelas normas, ora por estas e o que define isto é a lei ou a Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 64), ao abordar o tema em questão, ministra que "em geral a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público".

Verifica-se, dessa maneira, que a Administração Púbica pode ser regida por institutos de direito privado e por institutos de direito público, mas nunca, e isto se pode afirmar com certeza, a sua submissão ao direito privado é integral (Di Pietro, 2004, p. 64)

Ocorre que o presente estudo não está comparando normas públicas e privadas, mas tão somente princípios de Direito - e mesmo se estivesse, o Código de Processo Civil também é norma de direito público que influencia o processo administrativo - em que de um lado está o princípio da legalidade e de outro, o princípio da boa-fé objetiva.

Para fundamentar ainda mais a inclinação da "balança" para o este princípio, deve ser observado o art. 3°, I da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê como um dos seus objetivos fundamentais a construção de uma de nulidade por não haver prova de prejuízo. O Código de Processo Civil autoriza o indeferimento da inicial quando presentes irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito. A falta de autenticação de alguns documentos pode ser regularizada até a decisão de saneamento do processo e é, a toda vista, incapaz de causar prejuízo ao desfecho da lide.

> Provimento do apelo"; "2005.001.24824 - Apelação Cível - Des. Carlos Eduardo Passos - Julgamento: 24/08/2005 - Segunda

Câmara Cível - Despejo por falta de pagamento. Desnecessidade de autenticação da cópia do instrumento do contrato, se o documento não é inquinado de falso. Permissão à locatária de purgar aquilo que supunha devido, oportunidade por ela não aproveitada. Mora que autoriza a rescisão da locação. Recurso desprovido"; "2004.001.11185 - Apelação Cível - Des. Murilo Andrade de Carvalho - Julgamento: 09/11/2004 - Terceira Câmara Cível - Tributário. Cobrança de IPTU progressivo. Taxa de coleta de lixo domiciliar e de iluminação pública. Inconstitucionalidade e ilegalidade. Certidões do RGI que atestam a titularidade dos autores e a conseqüente legitimidade ad causam ativa. Ociosa a tese de falta de autenticação de documentos, se o conteúdo e a autenticidade não são questionados. [...]"; "2004.001.07246 - Apelação Cível Des. Luiz Zveiter - Julgamento: 14/10/2004 - Sexta Câmara Cível - IPTU - Taxa de coleta de lixo - Taxa de iluminação pública - repetição do indébito - Prescrição qüinqüenal - Apelação cível. Tributário. Preliminares de ausência de autenticação mecânica nas guias de IPTU, Ilegitimidade ativa do promitente comprador, necessidade de comprovação de assunção do ônus tributário em relação aos imóveis locados. Possui legitimidade ativa o promitente comprador. o contribuinte do IPTU é aquele titular do domínio útil ou possuidor a qualquer título do imóvel urbano - Inteligência do artigo 34 do código tributário nacional. Irrelevância da existência de locação dos imóveis. Eventual assunção da responsabilidade, pelo locatário, do pagamento do IPTU, como avença particular, é inoponível ao fisco. A exigência de autenticação da documentação somente se mostra indispensável quando impugnado o conteúdo do documento [...]." Disponível www.tjrj.jus.br, Acesso em 15/06/2009.

Constituem objetivos da fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao afirmar que um dos seus objetivos é criar uma sociedade justa, o legislador constituinte atribuiu critério valorativo, como a moral e a ética nas relações humanas.

Repetindo o conceito já afirmado, as normas jurídicas não estão soltas em nosso ordenamento, elas fazem parte de um todo, estão entrelaçadas umas com as outras. Nesse desiderato, o princípio da boa-fé objetiva é um conceito implícito na valoração feita pelo constituinte, pois não há uma sociedade justa se seus indivíduos não agirem com boa-fé.

Por esses motivos, analisando os interesses em choque, deve-se tender mais para a boa-fé objetiva do que à legalidade estrita, mas claro, sem suprimir esse último princípio por completo.

DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Deve ainda ser observado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e se a não observância ao preceito do art. 32 da lei de licitações

acarretaria algum prejuízo para o Estado (*lato sensu)*. Como o Estado foi criado para atender às necessidades públicas, sendo este o seu sentido de existência, no conflito entre um interesse particular e o interesse do Estado, deve este prevalecer, exatamente porque ele, em última análise, é o interesse da sociedade como um todo.

Este parece ser o caminho apontado por José Santos Carvalho Filho (2000, p. 17):

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem estar), dedicando a atender o interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Porém, não encontra guarida qualquer eventual argumento no sentido de que a não observância da regra do art. 32, caput, da lei das licitações acarrete prejuízo para o Estado e, indiretamente para os administrados, a uma, porque o parágrafo 3° deste artigo atenua a regra do seu caput, a duas pois os demais participantes podem e devem exercer um papel fiscalizador.

Explicando: determinada empresa, ao apresentar a sua documentação de habilitação, deve tê-la rubricada pela comissão de licitação ou o pregoeiro, direito este extensivo aos demais licitantes. Sendo assim, os próprios participantes exercem a fiscalização sobre o ato, impedindo a sua alteração posterior - lembre-se que o presente trabalho discute apenas o momento da habilitação, fase esta anterior à assinatura do contrato e a homologação. Compartilhando desta opinião, Jessé Torres (2009, p. 522) afirma:

"Todos os papéis entregues pelos licitantes à Comissão devem ser rubricados pelos membros desta (não basta a rubrica do presidente do colegiado) e pelos competidores presentes".

O citado autor ainda merece destaque, pois ao desenvolver o seu raciocínio, ensina: "Faculta-se a cada licitante conhecer, por si mesmo, os documentos e propostas apresentados pelos demais, eficaz forma de controle sobre a legalidade do processo".

Por final, supondo-se que aquele licitante que apresentou cópia simples dos documentos exigidos para a habilitação sagrar-se vitorioso, a Administração ainda teria a possibilidade, ai sim, por uma questão de segurança jurídica, antes da assinatura do contrato, mas desde que previsto em edital, exigir a exibição (apenas isso) para conferência com a documentação apresentada. Estando tudo certo, o licitante assinaria o contrato com o Poder Público.

DOS PREJUÍZOS DERIVADOS DO ARTIGO 32 DA LEI N. 8.666/93

A observância dos ditames do artigo 32, caput da Lei n. 8.666 pode trazer prejuízos tanto aos participantes da disputa, quanto à Administração. Para o licitante, o prejuízo mais evidente é o financeiro, pois dependo da quantidade de documentos exigidos e da intensidade de que participa de licitações, o empresário gastará, ao longo de um ano, uma pequena fortuna, sem temer o exagero da palavra. Em outra posição está a Administração Pública, que também pode sofrer sérios prejuízos,

em havendo um vencedor despreparado ou mentiroso (fraudulento), que tenha se escondido por de trás da aparente boa-fé.

Neste desiderato, além do licitante incorrer em crime, o que não interessa ao presente estudo, a Administração pode e deve utiliza-se das sanções administrativas previstas em lei.

Todavia, o maior prejuízo para a Administração – e também para o licitante - está na perda de tempo, que pode ser entendida como racionalização de recursos, ferindo, com isso, os princípios da eficiência e da economia processual (transportada ao processo administrativo). O interessado caso não leve os documentos autenticados, deverá esperar o servidor fazê-lo, um por um. Se na disputa existirem dez participantes, o tempo desprendido para o cumprimento desse requisito será imenso, o que ocasiona, muitas vezes, o adiamento do certame. Usando o velho brocardo "tempo é dinheiro", nada mais óbvio que se repensar este procedimento, dando maior agilidade a esta etapa.

Então, interpretando o art. 32 da Lei n. 8666/93 hermeneuticamente e compatibilizando-o com as normas do Código Civil de 2002 e com o Código de Processo Civil, prima-se pela desnecessidade de autenticação de documentos no momento da habilitação, pois todos os dispositivos mais modernos do ordenamento jurídico pátrio, como os aludidos acima, reconhecem a autenticidade dos mesmos, quando apresentados por advogados, salvo se estes forem impugnados pela parte interessada.

Deve ser observado que, apesar de Lei n. 8.666/93 ser especial e posterior à Constituição de 1988, tanto o Código Civil e o inciso VI do art. 365 do Código de Processo Civil, que foi introduzido pela Lei n. 11.419/06, são normas mais contemporâneas, que se amoldam melhor ao entendimento mais moderno. Então, em princípio, não há quaisquer razões para o administrador público ser incrédulo com os documentos apresentados pelos interessados em determinada licitação, até porque o Código de Processo Civil também é norma de direito público, podendo ser usado pela Administração.

O princípio da boa-fé objetiva, inicialmente abordado, também faz presunção de veracidade dos documentos acostados pelo licitante (caso apresentado por advogado), no momento da habilitação, pois a administração púbica não pode partir do princípio de que este está com propósitos escusos, de fraudar o torneio; deve, sim, acreditar no seu parceiro comercial, até que paire alguma dúvida justificada e fundamentada da não idoneidade do participante.

Se o próprio Poder Judiciário, que tem a função precípua de dizer o direito e que, em conjunto com os juristas, exerce uma função hermenêutica de toda a estrutura legislativa, não exige autenticação de documentos que são juntados aos processo judiciais (a não ser quando haja dúvida), quiçá a Administração Pública, pois, apesar de ser uma esfera autônoma, deve pautar-se pelo direito.

Por final, apenas como uma questão de segurança mínima, que somente no momento da assinatura do contrato, os documentos (originais ou cópias autenticadas) deveriam ser exibidos à Administração Pública.

Ante o exposto, ainda ressalta-se que o funcionário público o qual autenticou todos os demais documentos, orientou sobre a desnecessidade de autenticar o comprovante residencial, haja vista o Original ter sido conferido para elaboração do Cadastro com Municipalidade.

Não obstante o comprovante de residência, ser documento o qual não desabona em absoluto a capacidade técnica, ainda pode ser conferido no sítio, http://www.ienergia.com.br/segvia.aspx ou, seja a conferência pode ocorrer através da internet..

DO PEDIDO

Na esteira do exposto, requer-se seja julgado provido o presente recurso, com efeito para que, reconhecendo-se a ilegalidade da decisão hostilizada, como de rigor, admita-se a adjudicação e homologação do objeto da presente licitação, já que habilitada a tanto a mesma está.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o § 4°, do art. 109, da Lei n° 8666/93.

Nestes Termos, espera deferimento

Xaxim, 05 de junho de 2014

CAROLINE REGINATTO
OAB/SC 34.971

Rua: João Lunardi, 800 – Centro – Xaxim/SC
Fone: (49) 88311061