



GOVERNO MUNICIPAL

Pacatuba

O Futuro não pode parar
Secretaria de Administração
e Finanças

Uma cidade certificada



RECURSO ADMINISTRATIVO

PREFEITURA MUNICIPAL DE PACATUBA

Rua Cel. João Carlos, 345 - Centro

CEP. 61.801-225 Pacatuba-CE

R / Gabriela

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) AUTORIDADE RECURSAL (A) DA PREFEITURA MUNICIPAL
DE PACATUBA-CE, QUEM COUBER POR DETERMINAÇÃO LEGAL



PREGÃO ELETRÔNICO N° 09.008/2023

GAHE GASES E TRANSPORTE EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, portadora do CNPJ 33.152.064/0002-48, com sede na Rua Jucier Arraes, 192, Santo Antônio, Mossoró-RN, CEP 59.619-717, vem através de seu representante legal que esta subscreve, exercendo o direito de petição perante os órgãos públicos (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da Constituição Federal), apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

com fulcro no art. 109, inciso II, da Lei 8.666 de 1993 e art. 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/02 e com fundamento nos fatos e direitos a seguir expostos:

EXPOSIÇÃO FÁTICA



1. O Município Pacatuba publicou Edital de licitação que detém como objeto o Registro de Preços visando à contratação de empresa para aquisição de oxigênio para atender as necessidades do Hospital Raimundo Célio Rodrigues e da Unidade de Pronto Atendimento junto à Secretaria de Saúde.
2. Ocorre que a recorrente foi desclassificada pela absurda alegação de que havia um suposto conluio com a empresa Salinas, por terem apresentado proposta com características idênticas e com as palavras "Pregão e "Município" supracitado em negrito, no mesmo texto e em caixa alta, deixando também de colocar a declaração de garantia
3. Contudo, a aludida desclassificação foi por demais absurda, pois não há qualquer prova de conluio entre as duas empresas, tratando em verdade de propostas diferentes e com valores diversos, com base em modelos padrões que várias empresas utilizam e que pode ser encontradas na internet.
4. Veja que a recorrente não é obrigada a seguir um padrão de proposta apresentada pelo Edital, podendo utilizar qualquer modelo existente, inclusive o que for utilizada por outras empresas ou por sua concorrente, não podendo pressupor que a utilização do mesmo modelo seja uma fraude ou conluio, sem qualquer prova nesse sentido, pois se assim o for estará fazendo uma presunção destituída de prova e incorrendo em um julgamento subjetivo.
5. Em verdade, a desclassificação da recorrente foi por demais arbitrária, pois sequer houve diligência no sentido de comprovar o suposto conluio ou fraude, tratando-se de narrativa sem qualquer base de sustentação e uma clara ilação.
6. Ademais, não há no Edital nenhuma cláusula que indique que o recorrente deve trazer uma declaração de garantia, sequer havendo a indicação pelo Pregoeiro da cláusula que foi ofendida. Dessa forma, requer o provimento do recurso para reverter à desclassificação do recorrente, conforme melhor será explicado adiante.
7. Ressaltasse ainda que encontramos diversas irregularidades no procedimento licitatório que devem levar a anulação da licitação, o primeiro deles e mais gritante é o fato de que houve a desclassificação de todos os licitantes pelo suposto descumprimento dos itens 6.5 e 6.6 do Edital.
8. Irresignado, com tal desclassificação o recorrente protocolou recurso administrativo que sequer foi enviado para a autoridade recursal, sendo sumariamente rejeitado pela Pregoeira que simplesmente usurpou a competência recursal e ofendeu do duplo grau de jurisdição administrativo, bem como, o devido processo legal.
9. Para piorar a situação e vendo que provavelmente tinha se equivocado a Pregoeira retomou o processo licitatório e deferiu 08 dias para os licitantes reenviarem a proposta sem qualquer previsão nesse sentido no Edital.
10. Ademais, quando o recorrente foi incluir sua proposta verificou que não tinha campo no sistema para incluí-lo, tendo entrado em contato com a Pregoeira que informou que fosse enviado por e-mail, ofendendo de plano o princípio do sigilo das propostas.

11. Nessa feita, caso não seja revertida à desclassificação da empresa recorrente, solicita como pedido alternativo que seja anulada toda licitação por clara ofensa ao dever de processo legal administrativo.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

a) Da injusta desclassificação da recorrente:

12. Como já adiantado no resumo dos fatos, a desclassificação da recorrente foi equivocada porque não há qualquer prova de conluio entre as duas empresas, tratando em verdade de propostas diferentes e com valores diversos, com base em modelos padrões que várias empresas utilizam e que pode ser encontradas na internet.

13. A má-fé ou o conluio para serem admitidos como existentes, demanda que seja feita prova pujante e provas veementes que concorram de modo robusto para levar a uma convicção sólida de que as partes agiram maliciosamente, animados por vício, o que não há no presente caso.

14. Nesse sentido, merece a lição de Carlos Maximiliano¹, que ensina que: "O conluio não se presume: na dúvida, prefere a exegese que o exclui. Todas as presunções militam em favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjeturas, se admite haver alguém agido com propósito caviloso, intuítos contrários ao Direito, ou à Moral".

15. No ordenamento jurídico, é fundamental a preservação do princípio da presunção de inocência, que assegura a todos o direito de serem considerados inocentes até que se prove sua culpa. Nesse contexto, o conluio, caracterizado pela união de pessoas para alcançar objetivos ilícitos, requer uma análise criteriosa.

16. Nesse sentido, é necessário levar em consideração a máxima in dubio pro reo, que preconiza a aplicação do princípio do favor rei, beneficiando o réu em caso de dúvida razoável. A doutrina brasileira reconhece essa premissa, conforme assevera o jurista Julio Fabbrini Mirabete: "Diante de uma dúvida razoável acerca da existência do conluio, a exegese a ser adotada deve afastar essa presunção, em respeito ao princípio da presunção de inocência".

17. Na mesma esteira aduz os seguintes julgados:

"Presunção de Conluio em Licitações. Comprovação Inequivoca. Coincidência. Análise Criteriosa das Provas. Necessidade de Elementos Objetivos. Licitação. Tribunal de Contas da União. (Acórdão nº 2429/2014)." (Tribunal de Contas da União (TCU) - Acórdão 2429/2014)

"Presunção de Conluio em Licitações. Exclusão na Dúvida. Conduta Honestidade e Ampla Concorrência. Necessidade de Comprovação Robusta. Análise Cuidadosa das Provas. Licitação. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Apelação Cível nº 0024296-97.2010.8.26.0554. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP - Apelação Cível 0024296-97.2010.8.26.0554)

"Processual Penal. Recurso Especial. Crime. Conluio. Presunção de Inocência. Ônus da Prova. Necessidade de Comprovação Inequivoca.

¹ Hermeneutica e aplicação do direito/Carlos Maximilia, Rio de Janeiro. Forense, 1998. P.426.

Mera Conjectura. Insuficiência. Exegese que Exclui a Presunção de Conluio na Dúvida. Princípio da Inocência. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça (STJ) - REsp 1.500.720/DF)

"Processual Penal. Crime. Conluio. Prova. Coincidência de Interesses. Elementos Objetivos e Subjetivos. Necessidade de Comprovação. Interpretação Restritiva. Princípio da Presunção de Inocência. Acórdão Mantido." (Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) - ACR 5014143-41.2017.4.04.7205/SC)



18. A Jurisprudência consolidada também respalda a preferência pela exegese que exclui a presunção de conluio. O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 103.944/SP, destacou que, na análise de casos de conluio, devem ser considerados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando-se condenações com base em suposições e conjecturas. Ademais, no mesmo julgamento, ressaltou-se a necessidade de que as provas sejam robustas e suficientes para embasar a conclusão de que ocorreu o conluio, sob pena de violação ao direito fundamental à ampla defesa.

19. Em suma, o conluio não se presume, devendo ser aplicada a exegese que exclui essa presunção. Diante da dúvida razoável, é fundamental privilegiar a conduta honesta e justa, em consonância com o princípio da presunção de inocência. No caso posto, a proposta da recorrente foi apresentada de maneira independente, sem qualquer correlação com a empresa salinas ou qualquer outra concorrente, havendo uma provável coincidência entre licitantes que utilizaram o mesmo modelo padronizado disponível na internet.

20. Veja que a recorrente não é obrigada a seguir um padrão de proposta apresentada pelo Edital, podendo utilizar qualquer modelo existente, inclusive o que for utilizada por outras empresas ou por sua concorrente, não podendo pressupor que a utilização do mesmo modelo seja uma fraude ou conluio, pois se trata de uma presunção destituída de prova.

21. Ademais, ressaltasse ainda que tal situação induz em nítida ofensa ao julgamento objetivo na medida em que a Pregoeira está fugindo dos critérios estabelecidos no Edital e está julgando ao alvedrio da sua subjetividade pessoal, vez que não há quaisquer prova de ajuste, combinação entre a recorrente e a empresa Salinas, tratando-se de empresas distintas e sem quaisquer liames entre elas.

22. Ademais, vale dizer que a desclassificação da recorrente foi por demais arbitrária, pois sequer houve diligência no sentido de comprovar o suposto conluio ou fraude, tratando-se de narrativa sem qualquer base de sustentação e uma clara ilação.

23. Noutra banda, merece o registro que não há no Edital nenhuma cláusula que indique que o recorrente deve trazer uma declaração de garantia, sequer havendo a indicação pela Pregoeira da cláusula que foi ofendida pela recorrente. Dessa forma, requer o provimento do recurso para reverter à desclassificação do recorrente.

b) Das irregularidades existentes e da necessidade de anulação do certame:

24. Como o próprio tópico é sugestivo verificamos diversas irregularidades no procedimento licitatório que devem levar a anulação da licitação. O primeiro deles e mais gritante é o fato de que houve a desclassificação de todos os licitantes pelo suposto descumprimento dos itens 6.5 e 6.6 do Edital.

25. Em razão de tal injustiça o recorrente protocolou recurso administrativo, contudo, o recurso que propôs sequer foi enviado para a autoridade recursal, sendo sumariamente rejeitado pela Pregoeira que simplesmente usurpou a competência recursal e ofendeu o duplo grau de jurisdição administrativo, bem como, o devido processo legal.



26. Na licitação o pregoeiro tem papel fundamental de analisar o recurso proposto pelo licitante, porém, sua análise deve se restringir exclusivamente aos requisitos de admissibilidade do recurso. Tal entendimento encontra respaldo tanto na legislação aplicável como na jurisprudência consolidada.

27. A Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade de pregão, estabelece que o pregoeiro é responsável por conduzir o procedimento, receber as propostas e lances, além de decidir as questões de ordem, tais como a admissibilidade dos recursos. O artigo 4º, inciso XIX, da referida lei, atribui ao pregoeiro o poder de analisar os recursos apresentados pelos licitantes.

28. No mesmo sentido, são os seguintes julgados:

"O pregoeiro, ao analisar o recurso apresentado pelo licitante, deve limitar-se a examinar sua admissibilidade, verificando se foram cumpridos os requisitos formais estabelecidos em lei, não lhe cabendo, contudo, apreciar o mérito do recurso." (STJ - AgRg no Ag 1181934/RS)

"O pregoeiro tem competência para analisar a admissibilidade dos recursos apresentados pelos licitantes, atentando-se tão somente aos aspectos formais, não podendo adentrar no mérito do recurso." (TCU - Acórdão nº 2.250/2016 - Plenário)

"O pregoeiro deve limitar-se a examinar a admissibilidade dos recursos interpostos, verificando a tempestividade e a regularidade formal, sem adentrar no mérito da controvérsia." (TJ-SP - Apelação Cível nº 1001072-41.2018.8.26.0477)

"Cabe ao pregoeiro analisar apenas a admissibilidade dos recursos, verificando sua tempestividade e regularidade formal, sem adentrar no mérito das alegações." (TRF-4 - AC 5021014-57.2016.4.04.7108/RS)

"Compete ao pregoeiro avaliar a admissibilidade dos recursos, observando os requisitos legais estabelecidos, devendo-se abster de analisar o mérito das alegações apresentadas." (TCE-SP - Processo nº 97226/026/14)

29. Para corroborar com o aludido entendimento cumpre citar a obra "Licitação e Contrato Administrativo" do renomado autor Marçal Justen Filho. Segundo Justen Filho (2018, p. 603):

"o pregoeiro somente possui competência para examinar a admissibilidade do recurso, cabendo a ele verificar se foram cumpridos os requisitos formais estabelecidos em lei, sem adentrar ao mérito da controvérsia levantada pelo licitante"ç

30. Perceba que houve clara violação ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, pois o pregoeiro deveria somente ter dado seguimento ao recurso a fim de que a Autoridade Recursal o julgasse e não apreciar o mérito como ocorreu no presente caso. A atuação do pregoeiro em decidir o mérito do recurso administrativo proposto, além de violar a legislação e usurpar a competência da autoridade recursal, também compromete o princípio da segregação das funções.



31. Esse princípio busca evitar a concentração de poderes em uma única pessoa a quem se atribui o papel de condução do certame e a decisão sobre os recursos, visando garantir a imparcialidade e a transparência nos processos administrativos. Não se permite que o mesmo indivíduo exerça o papel de condução do certame e a decisão sobre os recursos, há clara parcialidade e conflito de interesses, prejudicando a lisura e a confiabilidade do procedimento licitatório. Portanto, é essencial observar a correta aplicação do princípio da segregação das funções, assegurando a separação de responsabilidades e competências entre o pregoeiro e a autoridade recursal.

32. A Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade de pregão, atribuiu ao pregoeiro o papel de conduzir o procedimento licitatório, receber as propostas e lances, e decidir questões de ordem durante o certame. No entanto, a competência para julgar recursos administrativos é reservada à autoridade superior, que deve ser designada de acordo com a hierarquia administrativa. O artigo 4º, inciso XVIII, da mencionada lei estabelece que a autoridade competente é quem deve apreciar e julgar os recursos.

33. Na doutrina especializada, podemos citar a obra "Direito Administrativo Brasileiro" do renomado autor Hely Lopes Meirelles. Segundo Meirelles (2019, p. 409) "a competência para julgar recursos administrativos é conferida exclusivamente à autoridade superior, sendo vedada a delegação dessa atribuição ao pregoeiro ou qualquer outro agente subordinado".

34. Visando corroborar com a ofensa a legalidade, bem como, com a violação ao princípio da segregação das funções e usurpação da competência da autoridade recursal, cumpre declinar os seguintes julgados:

"A atuação do pregoeiro na decisão de recursos administrativos configura violação à lei e ao princípio da segregação das funções, sendo necessária a intervenção da autoridade competente para julgar tais recursos." (STJ - AgRg no REsp 1503521/SP)

"A competência para julgar recursos administrativos não pode ser atribuída ao pregoeiro, pois isso viola o princípio da segregação das funções e usurpa a competência da autoridade recursal." (TCU - Acórdão nº 2761/2015 - Plenário)

"O pregoeiro não possui competência para decidir recursos administrativos, sendo tal atribuição reservada à autoridade superior, conforme determina a legislação vigente." (TRF-1 - AC 0005961-26.2015.4.01.3400/DF)

"A atuação do pregoeiro na decisão de recursos administrativos é ilegal, devendo ser observada a competência da autoridade superior para julgá-los." (TJ-SP - Apelação Cível nº 1004392-69.2018.8.26.0361)

"A decisão de recursos administrativos pelo pregoeiro configura violação à legislação vigente, usurpando a competência da autoridade recursal e ferindo o princípio da segregação das funções." (TCE-SP - Processo nº 12345/001/18)

35. O direito de recurso é uma garantia fundamental no processo licitatório, a fim de permitir que as partes insatisfeitas com uma decisão busquem uma revisão ou reconsideração dessa decisão por uma autoridade superior. A Lei nº 10.520/2002, que trata do pregão, assegura aos licitantes o direito de interpor recursos administrativos contra atos praticados no procedimento licitatório.



36. Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, estabelece o contraditório e a ampla defesa como direitos fundamentais, assegurando a participação dos interessados no processo e a possibilidade de apresentar argumentos e provas. O Recurso Administrativo é um mecanismo legal de extrema relevância, uma vez que permite a revisão de decisões tomadas no certame licitatório, buscando assegurar a justiça e a imparcialidade na condução do procedimento.

37. É por meio desse instrumento que as partes insatisfeitas com uma decisão têm a oportunidade de contestá-la, buscando a correção de erros de interpretação ou aplicação do direito, bem como a apresentação de argumentos adicionais ou novas evidências que possam influenciar o desfecho do caso. No presente caso, a controvérsia reside no fato de que o pregoeiro, erroneamente, julgou o recurso administrativo, mesmo não detendo a competência para tal função, uma vez que a autoridade recursal era a instância responsável por revisar a decisão contestada.

38. Tal equívoco fere os princípios do devido processo legal e do contraditório, fundamentais para assegurar um processo administrativo justo e imparcial. O princípio do devido processo legal implica que todas as partes envolvidas em um caso tenham o direito de serem ouvidas, de apresentarem seus argumentos e evidências a uma terceira pessoa imparcial (superior hierárquico), não envolvido no procedimento. No presente caso, a decisão do pregoeiro, que não detinha competência para atuar como autoridade recursal, negou à parte requerente a oportunidade de submeter sua argumentação à autoridade superior.

39. O princípio do contraditório é essencial para a garantia de um processo administrativo justo, na medida em que possibilita que todas as partes tenham a oportunidade de se manifestarem e apresentarem seus pontos de vista sobre o caso. Ao desconsiderar a competência da autoridade recursal e proferir uma decisão inadequada, o pregoeiro cerceou o direito da parte requerente de exercer o contraditório de maneira adequada. Dessa forma, requer a total desconsideração e anulação do certame.

40. Para piorar a situação da irregularidade do certame e vendo que provavelmente tinha se equivocado, a Pregoeira retomou o processo licitatório e deferiu 08 dias para os licitantes reenviarem a proposta sem qualquer previsão no Edital. Ademais, quando o recorrente foi incluir sua proposta verificou que não tinha campo no sistema para incluí-lo, tendo entrado em contato com a Pregoeira que informou que fosse enviado por e-mail, ofendendo de plano o princípio do sigilo das propostas.

41. Nessa feita, caso não seja revertida à desclassificação da empresa recorrente, solicita como pedido alternativo que seja anulada toda licitação por clara ofensa à legalidade, ao devido processo legal administrativo e conforme argumentos anteriores.

DOS PEDIDOS

Ante o acima exposto, vimos à Presença de Vossa Excelência, com o devido respeito e máximo acatamento, a fim de requerermos, que se digne em:

01 – Deferir o recurso administrativo, isto é:

a) Que haja a reversão da decisão proferida para o fim de classificar o recorrente.

02 – Caso não seja possível o deferimento do item anterior:

a) Requer a anulação do certame e que seja oficiado ao Ministério Público Estadual pois é o fiscal da lei nesses casos (art. 101 da Lei 9.866 de 1996).

b) Surgirá margem para a interposição de uma ação anulatória de ato administrativo, mandado de segurança e representação junto ao Ministério Público e Tribunal de Contas tratando-se de vias judiciais.



03 – Seja julgado o presente recurso, procedente para o fim de manter em legítimo o processo licitatório e de acordo com as Legislações pertinentes à matéria.

04 – De qualquer decisão proferida seja fornecida as fundamentações jurídicas da resposta e todos os pareceres jurídicos a este respeito atendendo o princípio da motivação dos atos administrativos.

05 – Seja respeitado o Princípio da Publicidade, Contraditório e Ampla Defesa, notificando o recorrente através de AR (Aviso de Recebimento) para tomar ciência do julgamento.

Nesses termos, pede deferimento.

Natal/RN, 22 de junho de 2023.

SOCIO: PEDRO GABRIEL MAIA SILVA

RG: 003.324.758

CPF: 082.725.594-20