À

PREFEITURA DO MUNICIPIO DE VARZEA PAULISTA
Comissão de Licitações

Referência: Chamamento Público para Processo Seletivo de Organização Social nº. 01/20
Assunto: MEMORIAIS

Senhora Presidente,
DIANA ZANCHIN

IVS – INSTITUTO VIDA E SAÚDE, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 13.499.839/0001-68, com sede na Rua Antônio Afonso, nº205 – sala 63, Centro, na cidade de Jacareí, Estado de São Paulo, representada neste ato pela Dra. Luciane Bombach, OAB/SP nº. 387.052, devidamente qualificada nos autos do processo em referência, vem, tempestivamente, com fulcro no item 8.4 do Edital e art. 219 do CPC, à presença de Vossa Senhoria, a fim de apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO,

contra a decisão dessa Comissão de Licitação que INABILITOU a entidade **IVS – INSTITUTO VIDA E SAÚDE**, o que faz declinando os motivos de seu inconformismo no articulado a seguir.

I - DOS FATOS E DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

No dia **18.06.2020** foi realizado certame por esta Administração cujo objeto é a Seleção de Organização Social, devidamente qualificada, ou que venham protocolar pedido de qualificação como Organização Social, até 03/06/2020, no âmbito deste Município, na área de saúde, para cogestão da Unidade de Pronto Atendimento (UPA), e do Hospital Municipal Dr. Alcípio da Silva Oliveira Junior compreendendo a administração, manutenção, gerenciamento da prestação dos serviços de saúde destas unidades, conforme os critérios especificados neste Edital e Anexos.

Após ampla análise de documentação de todos os 7 participantes referente ao conteúdo no "Documento de Habilitação", conforme item 6.1 do edital, sessão essa que perdurou por 8

horas ininterruptas, a Comissão de Licitação, conforme consta em Ata decidiu que, diante da complexidade e volume dos documentos apresentados para habilitação jurídica, faria no dia seguinte, 19 de junho de 2020, às 9h "conforme publicação na Imprensa Oficial", a análise e disponibilização do julgamento.

Então, no dia **20.06.2020 (sábado)**, a Ata da Sessão de Julgamento dos Envelopes nº 1 – Chamamento Público nº 001/2020 foi disponibilizada.

De posse da Ata, este Recorrente deparou-se com duas situações inusitadas. A primeira, diz respeito à sua inabilitação, por suposta "não apresentação de documentação habilitatória suficiente para sua atestação", sendo: a) ter deixado de apresentar CND imobiliário, conforme item 6.1.2.5 do edital e; b) qualificação econômico-financeira, referente a balanço patrimonial em desacordo aos itens 6.1.3.1 e 6.1.3.4 do edital.

A segunda situação é apenas uma excentricidade, pois um tanto quanto anômalo o fato da inabilitação de 6 entidades, todas com certa notoriedade, restando apenas uma OS habilitada.

Em verdade, a decisão de **eliminar arbitrariamente** o Recorrente fere dolosamente a **supremacia do interesse público sobre o privado e maior vantagem para a Administração Pública,** pois sua atitude de inabilitar o Requerente, que apresentou documentação compatível com as exigências editalícias, ataca o princípio da competividade e isonomia, **direcionando de forma equivocada o certame a apenas uma única Organização Social.**

No mérito, a desclassificação desta empresa ocorreu, em síntese, pelas razões abaixo apresentadas:

a) Ausência de apresentação de CND imobiliário – (em desatendimento ao item 6.1.2.5 do edital);

b) qualificação econômico-financeira, referente a balanço patrimonial em desacordo aos itens 6.1.3.1 (ausência de registro) e 6.1.3.4 do edital (índices sem assinatura e informações de 2018).

Passa-se a analisar os argumentos.

A. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CND IMOBILIÁRIO – (EM DESATENDIMENTO AO ITEM 6.1.2.5 DO EDITAL)

O aludido item determina:

6.1.2.5. Prova de regularidade fiscal junto à Fazenda Municipal, relativas ao domicílio ou sede da licitante.

IVS INSTITUTO
VIDA E SAÚDE

O referido item faz jus ao art. 29, III da Lei 8666/93 *"III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei"*.

A Requerente apresentou a **Certidão Negativa de Débitos junto ao FISCO do município de Jacareí**, conforme cópia abaixo do documento anexado ao processo, senão vejamos:

Prefeitura Municipal de Jacareí
Palácio Presidente Castelo Branco
Praça dos Três Poderes, 73 - Centro - 12300-903 Jacareí - SP

Secretaria de Finanças

Certidão Negativa de Débitos

Número da Certidão: 121152/2020

Inscrição:	47631 - Regular
Razão Social:	IVS INSTITUTO VIDA E SAUDE
Endereço:	Rua ANTONIO AFONSO, 205 - SL 63 - CENTRO - Jacareí / SP

CERTIFICAMOS, conforme requerimento de empresa interessada para fins de, **COMPROVAÇÃO,** que analisando o cadastro de lançamentos de Impostos Sobre Serviço de Qualquer Natureza, Taxa de Fiscalização e Funcionamento, Produção, Indústria, Comércio, Prestação de Serviços e Taxa de Licença de Publicidade, existentes nos arquivos desta Unidade de Arrecadação, a empresa **IVS INSTITUTO VIDA E SAUDE** estabelecida na **Rua ANTONIO AFONSO, 205 - SL 63 - CENTRO - Jacareí / SP** , com atividade de **ATIVIDADES DE APOIO à GESTãO DE SAúDE** , está devidamente cadastrada sob Inscrição Municipal de N.º **47631**.

CERTIFICAMOS ainda que para a referida empresa, **NÃO CONSTA DÉBITOS JUNTO AOS COFRES PÚBLICOS** com referência aos tributos supra mencionados até a presente data, ressalvado o direito da Fazenda Municipal em lançar qualquer débito que venha a ser apurado futuramente.

Certidão emitida em **05/06/2020** ás **13:35:57h** (data e hora de Brasília).
Impressa na data: **05/06/2020**
Acessada pelo IP: **127.0.0.1 / 189.108.196.74 / 172.68.24.11**
Código de Controle da Certidão: **10AD.3000.C2164**

Válida até **05/07/2020** (30 dias a partir da data de emissão).

A autenticidade desta certidão deverá ser confirmada na página da Prefeitura na Internet, no endereço http://www.jacarei.sp.gov.br.

Certidão expedida gratuitamente.

Conforme destacamos na referida CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS emitida pela Secretaria de Finanças de Jacareí/SP, NÃO CONSTAM DÉBITOS JUNTO AOS COFRES PÚBLICOS, ou, nos termos da lei, a Requerente está em situação regular junto à Fazenda Pública de sua sede.

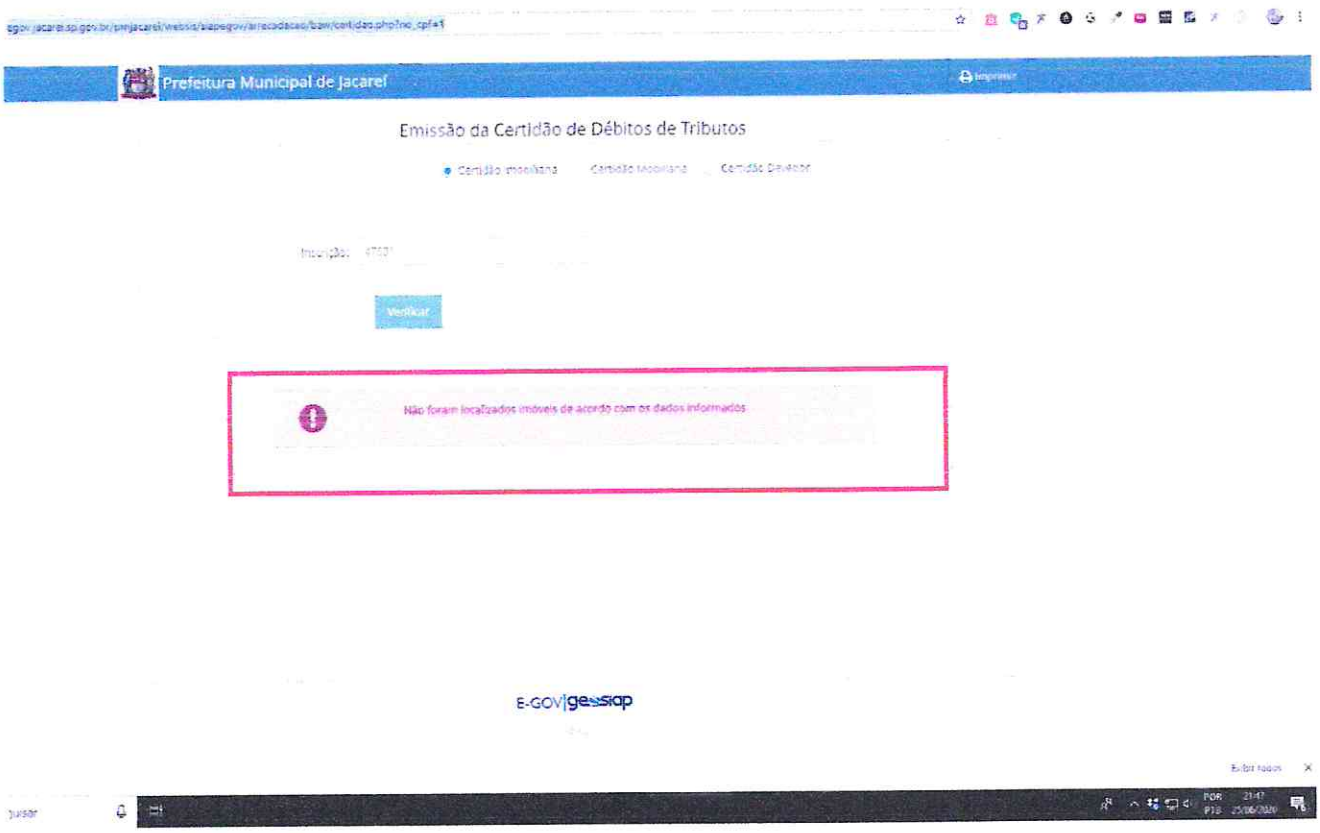
Ademais, uma vez que o IVS não possui no município imóvel em seu nome, sequer há de se falar em "Certidão Negativa Imobiliário", como quis crer a Comissão, inclusive em descordo com o termo do próprio edital.

Simples exercício de comprovação pode ser feito por meio do site da própria Prefeitura de Jacareí, no endereço:

http://egov.jacarei.sp.gov.br/pmjacarei/websis/siapegov/arrecadacao/baw/certidao.php?no_cpf=1

Conforme consta na documentação entregue, o Requerente possui inscrição municipal de nº. **47631**.

Ao acessar o site da Prefeitura de Jacareí, é possível assinalar o tipo de Emissão de Certidão de Débitos e Tributos. E, uma vez que o Requerente não possui imóveis no município, ao invés de "certidão imobiliária", como quer fazer crer erroneamente esta Comissão, a Fazenda Municipal informa justamente que não há imóveis atrelados a esta inscrição, senão vejamos:



Portanto, a "Certidão Negativa Imobiliária" é pertinente ao imóvel registrado, em relação a tributos como IPTU, normatizado pelo Código Tributário Nacional (CTN), em seus artigos 32 a 34, previsto ainda no art. 156,I da Constituição Federal, cujo fato gerador é assim determinado:

> O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana **tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel** por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Desta feita, o Requerente cumpriu integralmente os pressupostos contidos na legislação e no edital.

Lembramos que a habilitação ou qualificação é a etapa do processo licitatório em que é analisada a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprimento do objeto a ser contratado.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho[1] :

> Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase do julgamento das propostas, e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo final da licitação.

O seu fundamento jurídico encontra-se consignado no artigo 37, XXI, da Constituição da República de 1988:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O art. 27 da Lei 8.666/93 estabelece os critérios para habilitação:

> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
> I - habilitação jurídica;
> II - qualificação técnica;
> III - qualificação econômico-financeira;
> IV – regularidade fiscal e trabalhista;
> V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal.

1 *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 266.

Desse modo, como requisito à participação das licitações públicas, o interessado deve demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, sendo que referidos requisitos devem ser essenciais e exigidos de forma proporcional ao cumprimento da obrigação a ser pactuada.

Segundo o artigo 27, IV, da Lei 8.666/93, para habilitação nas licitações é necessário comprovar a regularidade fiscal do interessado. Buscando materializar a aplicabilidade do referido dispositivo, o art. 29, da citada lei, tratou, de forma genérica, da documentação relativa à regularidade fiscal.

No caso, vale destacar o inciso III, do art. 29:

> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:
> (...)
> III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

A comprovação da regularidade fiscal deve ser exigida tão somente com relação ao ramo de atividade do fornecedor interessado. Portanto, é desprovida de sustentáculo jurídico a exigência de demonstração de regularidade fiscal sobre todos os tributos, notadamente acerca daqueles que não são inerentes à atividade do licitante.

Ademais, como forma de comprovação da regularidade fiscal, o art. 29, II, da Lei 8.666/93, exige a apresentação da seguinte documentação:

> Art. 29. (...)
> II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

Extrai-se desse dispositivo que a prova de inscrição no cadastro de contribuintes deve ser pertinente ao ramo de atividade e compatível com o objeto contratual. Por consequência, como o inciso III é silente e não faz prescrição em sentido contrário, não é adequado exigir a comprovação da regularidade tributária de forma generalizada.

A comissão de licitação não é órgão detentor do poder de polícia tributário e não se destina a, por via indireta, arrecadar tributos para os diversos Entes Federados, sob pena de

usurpação de atribuições e caracterização de abuso de poder pela prática de desvio de finalidade. A Fazenda Pública já dispõe de uma série de prerrogativas para cobrança de seus créditos, não devendo a comissão de licitação, ante a inexistência de prescrição normativa, arvorar-se das atividades dos fiscais tributários.

No mesmo sentido, conforme sintetizado e defendido pelo Professor Marcelo Neves[2] , é o entendimento dos doutrinadores Marcos Juruena Villela, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Jessé Torres Pereira Junior, *in verbis*:

> Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, ao examinar os art. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, afirma que "a própria redação deixa clara a não obrigatoriedade de exigir todos os documentos mencionados nos seus incisos; os arts. 28 e 29 falam que a documentação relativa à habilitação jurídica e à regularidade fiscal, "conforme o caso, consistirá em..."; ... "A exigência de documentação será feita de modo atender às várias **situações possíveis**."
> Jessé Torres Pereira Junior, de igual modo, afirma que "a prova de regularidade fiscal deve referir-se aos tributos devidos em razão da atividade pertinente ao objeto em licitação, em que o concorrente atue.
> (...)
> Essa é, também para nós, a melhor interpretação, porquanto conjuga o prestígio ao princípio da razoabilidade com o respeito ao princípio constitucional que subordina as exigências de habilitação ao mínimo possível, preservada a segurança da execução do objeto contratual, ex vi do inc. XXI do art. 37 da CRFB/88.

Igualmente, ressalta-se parte do voto do conselheiro José Milton Ferreira, do Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios, exarado no julgamento do Processo nº 2.479/1997, que foi acolhido pela unanimidade de seus pares:

> Voto, assim, acompanhando o douto Ministério Público, por que este Egrégio Plenário determine a expedição de ofício circular às unidades jurisdicionadas, orientando-as no sentido de que, ao discriminar a documentação comprobatória da regularidade fiscal nos procedimentos licitatórios, atente para a necessidade de coordenar o estatuto das licitações com as normas de direito tributário, em especial o disposto no art. 193 do Código Tributário Nacional, que determina que a prova de quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública seja relativa à atividade em cujo exercício o proponente contrata ou concorre.

2 Extensão da exigência de regularidade fiscal na fase de habilitação do procedimento licitatório. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, abri/maio/junho, 2008. Disponível em: . Acesso em: 30 de agosto de 2012, p. 3-4.

Nesse processo, o Douto Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, exarou o Parecer MP/TCDF – 3.0991/97:

> Na inicial sustentei descabida a exigência. A Lei nº 8.112/90 (*sic*) estabelece normas específicas sobre licitações. Neste passo, ao estabelecer no art. 29 a exigência de regularidade com a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, o fez de forma genérica e, além disso, em sua parte final, impôs a forma da lei.
> Se faz remissão à legislação específica quanto aos tributos, remanesce, como corolário, a necessidade de coordenar-se o estatuto das licitações com as normas de direito tributário, em especial o Código Tributário Nacional. **É preciso lembrar, ainda, o princípio básico da ampliação da competitividade, buscando sempre a proposta mais vantajosa**, o que se olvidou neste caso, resultado em prejuízo superior a quarenta mil reais.
> O CTN, em seu art. 193, restringe a exigibilidade, de forma expressa, aos tributos "relativos à atividade em cujo exercício se contrata". Isto é Lei, vigente e eficaz ao tempo do procedimento licitatório e, como norma, vincula o Administrador. De qualquer forma, qualquer outro entendimento que pretendesse a abrangência sobre a generalidade dos tributos transformaria as comissões de licitação em órgãos de fiscalização tributária.
> O renomado administrativista Carlos Pinto Coelho Motta, em sua obra "Eficácia nas Licitações e Contratos", p.145, atesta a aplicabilidade do art. 193 do CTN à licitação.

Em novembro de 2009, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar recurso de apelação envolvendo matéria análoga, adotou a corrente defendida. Nesse passo, destaca-se parte do voto do Desembargador Rui Stoco, relator do caso:

> Mais precisamente, a inabilitação deu-se por ausência de comprovação de regularidade fiscal, no que respeita ao recolhimento da espécie tributária ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis). É o que se infere do documento acostado a fls. 186.
> (...)
> O artigo 27, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), em seu inciso IV, determina ser requisito à habilitação, a regularidade fiscal. Em complementação, o artigo 29, inciso III, do referido diploma, esclarece que a documentação pertinente ao requisito de regularidade fiscal envolverá "prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei".
> É certo que em atenção à unidade do ordenamento jurídico, que tem como vértice normativo a Constituição Federal, qualquer dispositivo deve ser tomado em consonância com o conteúdo desta.

Nesse diapasão, é imperioso destacar o disposto no artigo 37, inciso XXI, da CF/88, segundo o qual, em sede de licitação, apenas serão formuladas exigências razoáveis, ou seja, aquelas "indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" cominadas pelo contrato administrativo que se pretende firmar.

Daí a necessidade de se analisar a exigência formulada, com o objeto do certame licitatório.

No caso em tela, como móvel da licitação promovida pela ré afigurava-se a construção e administração de instalação portuária, consistente em armazém de graneis sólidos (fls. 36 - item 6 do Edital).

Indaga-se, por conseguinte, qual a pertinência do objeto da licitação e a regularidade fiscal referente ao ITBI?

Ora, a exigência em apreço, não guarda qualquer liame lógico, causal ou pertinência com o objeto da licitação, qual seja, arrendamento de armazém, eis que se não atendida, em nada comprometeria o desenvolvimento do serviço contratado.

B. <u>QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA, REFERENTE A BALANÇO PATRIMONIAL EM DESACORDO AOS ITENS 6.1.3.1 (AUSÊNCIA DE REGISTRO) E 6.1.3.4 DO EDITAL (ÍNDICES SEM ASSINATURA E INFORMAÇÕES DE 2018)</u>

Assim determinam ambos os itens:

> 6.1.3. – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA
>
> 6.1.3.1. - Cópia autenticada ou Extrato de Balanço Patrimonial e demonstração contábil do exercício de 2019, comprovando a boa situação financeira da proponente, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios.
>
> (...)6.1.3.4 – comprovação da boa situação financeira da empresa proponente será efetuada com base no balanço apresentado, e deverá, obrigatoriamente, ser formulada, formalizada e apresentada pela proponente em papel timbrado da instituição, assinada por profissional registrado no Conselho de Contabilidade, aferida mediante índices e fórmulas abaixo especificadas:
>
> ILG=(AC+RLP) / (PC+ELP) ≥ 1
>
> ILC = (AC) / (PC) ≥ 1
>
> Em que:
>
> ILG = Índice de Liquidez Geral
>
> ILC = Índice de Liquidez Corrente
>
> AT = Ativo Total
>
> AC = Ativo Circulante
>
> RLP = Realizável em Longo Prazo
>
> PC = Passivo Circulante
>
> ELP = Exigível em Longo Prazo

IVS INSTITUTO
VIDA E SAÚDE

Diferentemente do que alega a Comissão, o Requerente **APRESENTOU DOIS BALANÇOS PATRIMONIAIS, SENDO UM DE 2018 E O OUTRO DE 2019.**

Isto porque, destarte a apresentação do Balanço de 2019 não ter sido publicada, o que não afasta a legitimidade do documento, está sim assinado por contador responsável, como pode verificar esta Comissão. A assinatura do Contador está próxima da Presidente. Consta também os respectivos índices de liquidez, comprovando a boa situação financeira da organização.

Ademais, conforme anteriormente descrito, foi apresentado o Balanço Patrimonial **de 2018 atendendo em absoluto todas as exigências legais, assim como os índices que comprovam a boa situação financeira da empresa, assinados pelo contador**.

Lembramos que a apresentação do Balanço Patrimonial de 2018 é perfeitamente cabível, uma vez que é de conhecimento comum não só no Brasil, como no mundo todo, que existe uma pandemia causada pelo COVID-19, o qual ensejou o Decreto nº. 06/2020 publicado no Diário Oficial da União em 20.03.2020 reconhecendo o **estado de calamidade pública** no país, resultando ainda Lei 13979/20, dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional.

Em seu art. 1º, o Congresso Nacional Decreta:

> Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Em função desta nova realidade as Autoridades Públicas foram obrigadas a tomar uma série de medidas que restringem a circulação de pessoas, motivando, inclusive a suspensão dos prazos processuais por meio da Resolução nº 313 do CNJ.

Desta feita, o Executivo editou a **MP 931 de 31 de março de 2020, que alterou o art. 1.078 do Cód. Civil.**

A alteração em questão estendeu o prazo para deliberação dos sócios sobre o balanço, prorrogando para sete meses subsequentes ao término do exercício social.

Portanto, o prazo para deliberação sobre o balanço patrimonial não será mais o quarto mês (abril) e sim o sétimo mês (Julho).

Nesta mesma toada, a Receita Federal, por sua vez, que estabelecia o último dia útil de maio como prazo limite para o envio do Balanço Patrimonial através do SPED, prorrogou através da Instrução Normativa nº 1.950, de 12 de Maio de 2020, em caráter excepcional, para o último dia útil do mês de julho de 2020.

> Art. 1º O prazo para transmissão da Escrituração Contábil Digital (ECD) previsto no art. 5º da Instrução Normativa RFB nº 1.774, de 22 de dezembro de 2017, **referente ao ano-calendário de 2019, fica prorrogado, em caráter excepcional, até o último dia útil do mês de julho de 2020**, *inclusive nos casos de extinção*, incorporação, fusão e cisão total ou parcial da pessoa jurídica

PORTANTO, A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PRORROGOU O BALANÇO CONTÁBIL DE 2018, PARA JULHO DE 2020, em função dos impactos da pandemia do Covid-19.

Como demonstrado acima, a **Receita Federal,** por sua vez, **prorrogou através da Instrução Normativa nº 1.950, de 12 de Maio de 2020, em caráter excepcional, a entrega da ECD para o último dia útil do mês de julho de 2020.**

PORTANTO, ESTA COMISSÃO DE LICITAÇÃO NÃO PODE IR CONTRA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE QUE REGE AS LICITAÇÕES, QUER SEJA INDO CONTRA A MP 931 EDITADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, OU AINDA CONTRA A PRÓPRIA RECEITA FEDERAL!

Em verdade, a decisão de inabilitar arbitrariamente o Recorrente fere brutalmente os princípios da legalidade e competitividade, uma vez que **o Recorrente atendeu plenamente aos quesitos previstos no edital em conformidade com a legislação, merecendo ser habilitada.**

Lembramos, o que já deve ser de conhecimento desta Administração, que a Prefeitura Municipal de Várzea Paulista não pode LEGISLAR sobre matéria de ordem tributária, sob pena de nulidade.

A inexistência de motivação e embasamento legal para justificar a inabilitação do Recorrente não pode prosperar, já que apenas se decreta a nulidade do ato praticado ou não o aproveita se a finalidade do item do edital não for atendida e, assim, acarretar prejuízo, conforme o princípio ***pás de nullité sans grief*** **(não há nulidade sem prejuízo)**, finalidade esta que foi atendida e

prejuízo este que não ocorreu na espécie, uma vez **que, repita-se, a finalidade e a sistemática de todos os itens do Edital foram observadas suficientemente. Insista-se que é o próprio Edital que informa como ele deve ser interpretado, de forma sistemática e finalística.**

Neste sentido, veio para atender o seguinte anseio doutrinário sustentado por **MARÇAL JUSTEIN FILHO:**

> **Não é possível ignorar a tendência de superação dos princípios rigorosamente formalistas** que, aparentemente, haviam sido consagrados pelo legislador. Desde a vigência da Lei 8.666 **comprovou-se a inadequação de uma disciplina que privilegiasse a forma sobre o conteúdo** [...]. Logo, a interpretação da Lei n. 8.666 vem produzindo uma espécie de superação da tradição recepcionada, **de molde que os princípios jurídicos fundamentais sejam efetivamente realizados" (*in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* São Paulo: 11ª edição, Dialética, 2005, p. 12, grifo nosso).**

Entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais faz menção ao fato de que o princípio da vinculação ao edital admite interpretação no sentido de verificar se o objeto da exigência foi atendido, **para eliminar exigências desnecessárias e de excessivo rigor**. Atingida a finalidade constitucional, cumprindo a Recorrente o objetivo dos requisitos estabelecidos em edital é ilegal seu alijamento do certame. (TJ-MG - Apelação Cível AC 10024122927791001 MG (TJ-MG).

Desde o advento da Constituição de 1988, o Direito Administrativo de sua fase burocrática, apegado às formalidades, passou a sua fase gerencial com base no princípio da eficiência, o qual exige do agente público que encontre soluções que alcancem os resultados almejados do modo menos oneroso para a Administração, no sentido de que ***"o dever de eficiência, ora erigido à categoria de princípio norteador da atividade administrativa, com a nova redação do art. 37 da CF pela EC 19 [...] corresponde ao dever de boa administração"*(HELY LOPES MEIRELLES in Direito administrativo brasileiro. São Paulo: 26ª edição, 2001, p. 98).**

A jurisprudência, por sua vez, é farta neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DA LICITANTE. EDITAL. EXIGÊNCIA DE REGISTRO DE BALANÇO PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NESTE SENTIDO. 1.AS DISPOSIÇÕES DO EDITAL QUE REGEM A LICITAÇÃO DEVEM REGULAMENTAR OS EXATOS TERMOS EM

> QUE A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA, APLICÁVEL À MATÉRIA ESPECÍFICA, RESTA DISPOSTA. A OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO DO BALANÇO PATRIMONIAL DA EMPRESA LICITANTE NÃO SE COADUNA COM OS PRECEITOS NORMATIVOS CIVILISTAS, TORNANDO INCABÍVEL O ATO DE INABILITAÇÃO CORRELATO, UMA VEZ QUE FUNDAMENTADO POR EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM LEI. 2. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.
> (TJ-DF - RMO: 1334067020088070001 DF 0133406-70.2008.807.0001, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 17/06/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 29/06/2009, DJ-e Pág. 31).

> MANDADO DE SEGURANÇA - Licitação - Exigência de apresentação de balanço patrimonial para comprovação da qualificação econômico-financeira - *Microempresa - Escrituração simplificada por meio de Livro* Diário - Inexigibilidade de apresentação do balanço - Sentença concessiva da segurança mantida - Recursos não providos - Permitido à microempresa a escrituração por meio de processo simplificado, com utilização de Livro Diário, registrado na Junta Comercial, torna-se dispensável a apresentação de balanço patrimonial, aya confecção traria despesas extraordinárias à microempresa, podendo impossibilitar sua participação na licitação. .
> (TJ-SP - APL: 3065175900 SP, Relator: Luis Ganzerla, Data de Julgamento: 26/01/2009, 11ª *Câmara de Direito Público, Data de Publicação:* 26/02/2009)

Sendo assim a inabilitação do Recorrente é absolutamente improcedente, pois a documentação entregue atende todos os itens solicitados pelo edital e a legislação vigente.

Sendo o primeiro dos princípios expressos na Lei n.º 8.666/93, a **probidade administrativa consiste na honestidade de proceder ou na maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou acometidos ao administrador por força de lei**. É diretamente derivado do princípio da moralidade. O sempre citado Prof. Marçal Justen Filho assim sintetiza seu entendimento:

> "... A moralidade e a probidade administrativa são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo. A explicitação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse público acima do egoístico interesse dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria administração". (Justen Filho, 1998, p.65)

Depreende-se com rara clareza que a licitação tem como fim a **busca da proposta mais vantajosa, em atendimento à primazia do interesse público,** e que seu julgamento **NÃO pode frustrar os princípios da legalidade e competitividade.**

Imaginamos até um certo alívio por parte desta Comissão, ao deparar-se com a fundamentação fática e material apresentada nestes memoriais, uma vez que realmente intrigante seria que apenas uma Organização Social, das 7 que participaram tivesse condições habilitatórias suficientes para o certame.

Isto porque, as 7 entidades JÁ HAVIAM SIDO QUALIFICADAS no município e, portanto, foram ATESTADAS e QUALIFIACADAS a partir das documentações previamente exigidas a prestarem ao município. Assim, o IVS nada mais reforça, como quando de sua qualificação, que mantém no tocante à sua habilitação, as condições necessárias ao cumprimento do objeto deste certame.

Por isso a decisão ora recorrida deve ser reformada por navegar na contramão de suas próprias regras, mormente a busca pela maior vantagem e ampla competitividade.

Portanto, não pode simplesmente esta Administração se esquivar de princípios constitucionais, esculpidos no art. 37, e afastando-se da legalidade, visto que conforme amplamente demonstrado a documentação do Recorrente atende ao edital, inabilitar o IVS – Instituto Vida e Saúde, **e resolver pagar sabe se lá que valor à proposta da APGP – ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE GESTÃO PÚBLICA, única empresa supostamente habilitada neste certame. Tal excentricidade deverá e muito integrar os membros do Ministério Público, do Tribunal de Contas e do Judiciário...**

Quanto à jurisprudência:

> MANDADO DE SEGURANÇA. INSTRUMENTO DE CHAMAMENTO PÚBLICO. GERENCIAMENTO DO HOSPITAL ESTADUAL DE URGÊNCIAS DE ANÁPOLIS DR. HENRIQUE SANTILLO. HUANA. INABILITAÇÃO.AUSÊNCIA DE DECRETO DE QUALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL EM SAÚDE. BUROCRACIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUALIFICAÇÃO COMO OS EM SAÚDE POUCOS DIAS APÓS O SESSÃO DE HABILITAÇÃO. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA A DA SEGURANÇA JURÍDICA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE INABILITAÇÃO COM BASE EM FORMALISMO EXCESSIVO. 1. Na fase de

> habilitação, deve-se evitar exigências ou rigorismos inúteis. Não se pode olvidar que o objetivo maior da licitação é garantir que a administração possa adquirir bens e serviços de qualidade, de acordo com a proposta mais vantajosa e conveniente. Portanto, quanto maior número de licitantes aptos a prestar o serviço, melhor será para a administração. 2. O princípio do formalismo moderado permite a correção de falhas ao longo do processo licitatório, sem desmerecer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Busca-se, assim, uma ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável. 3. A licitação não é um fim em si mesma. Por óbvio, as formalidades existem para proteger a essência, a finalidade da licitação, a fim de que não se ultrapassem princípios, direitos e valores importantes na consecução do seu fim. Sendo assim, formalmente é suficiente a verificação se a proposta contém aquilo que é obrigatório e não omitiu aquilo que é proibido. 4. Concorrente que sagrou-se vencedora no certame, o que demonstra a necessidade de privilegiar a supremacia do interesse público sobre a lei editalícia. 5. Não se mostra razoável e coerente, excluir do certame o concorrente que, a despeito de vício já sanado (decreto de habilitação em OS em saúde) ofereceu a melhor técnica, ainda mais se tratando de gestão de hospital estadual que notoriamente vem enfrentando crise financeira. 6. Inviável inabilitação, com base em formalismo excessivo na interpretação do edital, sob pena de afastamento de proposta mais vantajosa à Administração Pública. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> (TJ-GO - Mandado de Segurança (CF; Lei 12016/2009): 00027110320198090000, Relator: GUILHERME GUTEMBERG ISAC PINTO, Data de Julgamento: 24/09/2019, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 24/09/2019)

A Lei de Improbidade Administrativa, Lei Federal nº. 8.429/92, rege em seu art. 1º:

> Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Por sua vez, cabe à Administração o princípio da Autotutela, para correção de vícios, conforme Súmula 473 do STF, a saber:

> 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.

Confiamos na seriedade e profissionalismo desta douta Comissão de Licitação, e somos sabedores que os mesmos ficarão por satisfeitos com os fatos e fundamentos jurídicos aqui apresentados que tem por único objetivo impugnar o equívoco cometido por esta Comissão de Licitação ao nos desclassificar.

II – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, **REQUER sucessivamente:**

1) Receber e dar provimento ao presente RECURSO, pois tempestivo e comprovadamente motivado;

2) que a Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e habilite o **IVS – INSTITUTO VIDA E SAÚDE,** no referido certame, pelos fatos e fundamentos amplamente apontados;

3) que essa Comissão de Licitação, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir à autoridade superior em consonância com o previsto no § 4°, do art. 109, da Lei n° 8666/93.

Informamos ainda que pleiteamos aqui somente um ato administrativo, estando nossa empresa com seu Departamento Jurídico pronto a tomar todas as medidas cabíveis judicialmente contra o ato praticado por esta Administração, caso seja mantido o vício de legalidade.

Sorocaba, 26 de junho de 2020.

Nestes termos,

Pede deferimento.

LUCIANE BOMBACH
OAB/SP n° 387.052