



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Referência: Licitação n. 02/2013 - Pregão Presencial n. 02/2013 – Expediente n. 142/2012: Contratação de empresa para prestação de serviços contínuos de conservação e limpeza na nova Sede da Justiça Militar Estadual.

Pregoeira: Vaneide Cristina da Cruz

Recorrente: Liderança Limpeza e Conservação Ltda.

Vistos, etc ...

Relatório

Trata-se de expediente para a contratação de empresa para prestação de serviços contínuos de conservação e limpeza na nova Sede da Justiça Militar Estadual.

Cumprida a fase interna, foi publicado o Edital, com Pregão Presencial realizado em 10 de abril de 2013, havendo na ocasião a desclassificação da proposta da empresa Liderança Limpeza e Conservação Ltda., que interpôs o competente recurso, ao qual foi dado provimento pela Pregoeira, restando designada nova data para rodada de lances e verificação da habilitação.

Após, conforme Ata Circunstancial de fls. 591/592 e versos, a empresa Liderança Limpeza e Conservação Ltda. apresentou a melhor proposta, mas foi inabilitada em razão de não apresentar documento de “ficha e registro de empregado” do Responsável Técnico, conforme previsão do Edital em seu item “7.1.4 – b”, inobstante a apresentação da CTPS, restando habilitada apenas a licitante Arte Brilho Multisserviços Ltda., declarada vencedora na sessão.

Na ocasião, a empresa Liderança manifestou a intenção de recorrer, motivando suas razões na alegação de que o documento apresentado (CTPS) é suficiente para comprovar o vínculo empregatício da funcionária apontada como Responsável Técnico. A Pregoeira, sem abrir prazo para as razões recursais da empresa Liderança, decidiu de plano a questão, sem efeito suspensivo, mantendo a inabilitação e justificando sua decisão nas iras do artigo 41 da Lei n. 8.666/93 c/c o artigo 12, incisos XIX e XXV, do Decreto Estadual n. 44.786/2008, dizendo, mais, que a alegação deveria ter se dado em sede de impugnação ao Edital, pois a este se vincula a Administração.

Em seguida, face à manutenção de sua decisão, a Pregoeira adjudicou o objeto em favor da empresa Arte Brilho, vindo, nesta oportunidade, novo recurso da empresa Liderança, contra a decisão da Pregoeira, visando sua modificação, ao argumento de que há rigor excessivo em face de a CTPS já provar o vínculo de emprego pretendido



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no Edital, bem como o ato convocatório não fala em “ficha de registro”, mas em “ficha e registro”, não especificando o documento apontado pela Pregoeira, e tece comentários sobre a razoabilidade e proporcionalidade.

Recebida a “Representação” como recurso, nos termos da decisão de fls. 599/600 dos autos, a empresa Artebrilho foi intimada a apresentar suas contra-razões recursais, tendo o feito a tempo e modo, como demonstra a peça de fls. 627/631, em que alega ter a Recorrente descumprindo a regra do Edital, ao fundamento de que a mesma não apresentou a “Ficha de Registro” do responsável técnico, com base na alegação da Pregoeira, e que “erros são erros” e não podem ser sanados, principalmente porque não impugnou o edital no tempo próprio.

Ainda que sucinto, é o relatório.

Fundamentação

Recebo o **recurso**, porque entendo ser próprio e tempestivo, e a parte é legítima e está regularmente representada.

DO CABIMENTO E DO RECEBIMENTO DO RECURSO

Embora a Recorrente tenha apresentado **Representação, com amparo em dispositivo da Lei n. 8.666/93, com dúvidas quanto ao fato de caber recurso hierárquico contra a decisão da Pregoeira, é indubitoso o cabimento do recurso em face da decisão da Pregoeira, nos termos do Decreto Estadual n. 44.786/2008, como previsto em seu artigo 8º, III c/c o artigo 9º, XIII, do mesmo Diploma Legal.**

Como já mencionado no *decisum* de fls. 599/600, a Pregoeira, na forma do Decreto Estadual n. 44.786/2008, decidiu de plano as questões relativas ao recurso e à intenção de recorrer, entendendo que a motivação apresentada lhe permitiu, estando fundamentada a sua decisão na ata respectiva- fls. 591/592 e versos.

Neste diapasão, ocorrendo a decisão de plano, na forma do Diploma Legal supra citado, restava ao licitante o recurso à autoridade superior, cuja análise certamente já ocorreria em sede de um “reexame necessário”, à luz da supra citada norma.

No entanto, apresentadas as razões de insurgência da empresa Liderança, diga-se, em peça própria e tempestiva, em atenção ao princípio da fungibilidade recursal, sem qualquer dúvida razoável, resta óbvio que a parte não pode ser prejudicada pela interposição de outro recurso previsto em lei, uma vez que inexistente as hipóteses de erro grosseiro.

A par dessa definição, o princípio da fungibilidade recursal norteia os recursos no âmbito do TCU, sendo certo que os processos que nele tramitam são regidos pelos princípios do formalismo moderado e da verdade material, e, por conseguinte, são dispensados de formas rígidas.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O resultado da combinação desses dois princípios é exatamente a consagração da fungibilidade recursal, ainda que não expressamente prevista na Lei Orgânica do TCU, Lei n. 8.443, de 16.12.1992. Na verdade não está prevista nem mesmo no Código de Processo Civil vigente, Lei n. 5.869, de 11.1.1973 – de aplicação subsidiária –, diferentemente do Código de Processo Civil passado, Dec.-lei n. 1.608, de 18.9.1939, que, em seu art. 810, previa esse princípio.

Por tal instituto, a errônea denominação de uma peça recursal, havendo o interesse processual, não pode ser impeditivo para o conhecimento do recurso, desde que atendidos os pressupostos de admissibilidade do recurso cabível na correspondente fase processual, e tal verdade é patente neste caso.

De igual modo, os vícios de forma verificados no processo, como, *v.g.*, falta de fundamentação ou motivação, denominação errônea da autoridade competente etc., podem ser perfeitamente superáveis, uma vez que o maior interesse do Tribunal é conhecer a realidade sobre os atos de gestão da coisa pública, atos esses que têm a sociedade como principal beneficiária das ações de controle.

E aqui, verifico, ainda, a presença dos requisitos de admissibilidade requeridos para a espécie recursal específica.

Confira-se, decisões a respeito:

Acórdão nº 28/2002 – Plenário (rel. Ministro Iram Saraiva)

“Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.”

Há casos até em que, inobstante a constatação de ausência de preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, como a tempestividade, aplicam-se os princípios do formalismo moderado e da verdade material, sob o argumento do caráter da excepcionalidade do caso concreto, a fim de afastar, conforme o TCU, qualquer alegação de cerceamento de defesa por parte do administrado. As ementas a seguir falam por si sós, ressalvados os grifos:

Acórdão nº 1564/2006 – Plenário (rel. Ministro Benjamim Zymler)

“Ementa

Pedido de reexame. Licitação. Vedação de exigência de documentos e informações já constantes do Sicafe. Processual. Conhecimento em caráter excepcional. Argumentos incapazes de justificar a revisão do acórdão.

Negado provimento.

(...)

2. É possível, em caráter excepcional, relevar a intempestividade na interposição de recurso, com fundamento nos princípios do formalismo moderado e da verdade material, a fim de afastar qualquer alegação de cerceamento de defesa.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3. Nega-se provimento à peça recursal cujos argumentos não são suficientes para elidir as irregularidades apontadas, mantendo-se o acórdão recorrido”.

Acórdão nº 2188/2006 – 1ª Câmara (rel. Ministro Guilherme Palmeira)
“Sumário

Pedido de reexame em representação. Intempestividade. Ausência de fatos novos. Conhecimento em caráter excepcional. Não provimento.

...

2. Pode-se, em caráter excepcional, relevar a intempestividade, com supedâneo nos princípios do formalismo moderado e da verdade material, a fim de afastar qualquer alegação de cerceamento de defesa.

3. Deve ser mantido o julgamento pela procedência da representação, diante da ausência de argumentos capazes de afastar as irregularidades que o ensejaram.

4. Constatada a excessividade da multa, deve-se considerar o recurso parcialmente procedente para reduzir o seu valor”.

Acórdão nº 37/2007 – Plenário, de relatoria do Ministro Benjamim Zymler, nos seguintes termos:

“1. É possível, em caráter excepcional, relevar a ausência de preenchimento dos pressupostos de admissibilidade contidos no art. 35 da Lei nº 8.443/92, com fundamento nos princípios do formalismo moderado e da verdade material, sobretudo se detectado rigor excessivo no julgamento pela irregularidade das contas”.

E no caso vertente, como visto, há plena tempestividade, bem como o atendimento da lei no que tange aos demais requisitos do recurso, permitindo, inclusive, a apresentação de contra-razões pela empresa contrária, com resposta aos pontos específicos do recurso.

Finalmente, ressalto que, recebido o recurso como tal, não houve qualquer insurgência quanto ao seu recebimento, ao qual foi atribuído o efeito suspensivo.

NO MÉRITO, entendo que assiste razão à Recorrente Liderança Serviços, como veremos a seguir.

Em primeiro lugar, a verdade nos mostra que o ato convocatório não exige “Ficha de Registro de Empregado”, falando tão somente em “ficha e registro” assinados pelo mesmo.

Note-se que a exigência para a comprovação do vínculo de emprego cinge-se à apresentação da CTPS, com destaque em negrito no ato convocatório, tanto para a CTPS quanto para o vínculo empregatício:

“7.1.4- Para a comprovação da qualificação técnica: Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto desta licitação por meio do(s) seguinte(s) documento(s):



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

...

b) documento comprobatório do **vínculo empregatício do Responsável Técnico (RT)**, devidamente registrado no CRA/MG, documento este que deverá ser a **cópia da CTPS** em que conste o registro do empregado e ficha e registro assinados pelo mesmo;"

Embora não tenha havido impugnação ao Edital neste contexto, é *extreme* de dúvidas que o documento essencial à prova do vínculo de emprego é a CTPS, e a regra editalícia induz a tal interpretação. E não se pode dizer, no caso, que "Ficha de Registro de Empregado" é "ficha e registro assinados pelo mesmo", cujo rigor, além de excessivo, denotaria a possibilidade de a Administração entender como a ficha e registro que melhor lhe convenha, sem objetividade quanto a um documento que deveria ter, então, a denominação específica, sem dar margem a dúvidas ou erros.

Com efeito, a exigência que está sendo feita, por interpretação equivocada, a nosso sentir, fere os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

A dogmática brasileira atual entende que a principal concepção de princípio da proporcionalidade está ancorada no eixo adequação-necessidade-proporcionalidade em sentido estrito.

No elemento da adequação, perquire-se se, por intermédio do ato jurídico escolhido, pode-se alcançar determinada finalidade (realizando-a) ou fomentá-la (nesse caso, não se pretende contemplar *in totum* o fim almejado, mas tão somente promovê-lo). No elemento da necessidade, afere-se se o ato jurídico a limitar dado direito fundamental é, de fato, imprescindível, isto é, verifica-se se a finalidade incumbida àquele ato jurídico pode ser alcançada ou promovida por ato jurídico alternativo, o qual vise ao mesmo propósito, procedendo com a mesma intensidade e, ao mesmo tempo, restrinja em menor escala o direito fundamental afetado. No elemento da proporcionalidade em sentido estrito, efetua-se sopesamento ou ponderação, ao se cotejar, a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, o Princípio da Razoabilidade se adstringe ao elemento da adequação, conde temos a compatibilidade entre meio e fim (razoabilidade interna) e a legitimidade dos fins (razoabilidade externa).

Temos que entender que ambos os princípios abrigam os mesmos valores subjacentes, quais sejam a racionalidade, a justiça, a medida adequada, o senso comum, a rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos, sendo a razoabilidade e a proporcionalidade conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.

O Princípio da Razoabilidade constituiria o mandato de otimização, exigindo seu conteúdo jurídico a proscrição de condutas



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

axiologicamente intoleráveis, irrazoáveis ou arbitrárias, no desempenho da função administrativa, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas pertinentes, e o Princípio da Proporcionalidade procedimentalizaria ou racionalizaria os contornos da razoabilidade, delineando como são aplicados os princípios e regras do regime jurídico-administrativo e como são ponderados os interesses e valores, presentes no processo de atualização do direito.

A lógica do razoável e do proporcional é de suma importância para a concretização dos ideais de justiça, seja no âmbito da Administração Pública, seja no exercício da função jurisdicional.

Digo isso porque o regime jurídico da Administração Pública, como atividade de gestão da *res publicae*, encontra-se Alicerçado em dois postulados fundamentais: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. A partir destes, surgem outros princípios que devem orientar o agir administrativo, como os da legalidade e da impessoalidade.

Ora, o princípio da legalidade, invocado pela empresa Recorrida – Artebrilho, é um dos cânones do Estado de Direito, o que significa que o administrador público deverá sempre atuar conforme o interesse público, isto é, buscando sempre a melhor solução para a coletividade administrada, nos termos da lei.

No entanto, como é impossível que se faça uma previsão legal determinada de todas as condutas da Administração, existem hipóteses em que a lei outorga competência ao administrador, deixando-lhe um juízo de mérito para a escolha da solução que melhor atenda ao interesse público, e, se assim não fosse, o Poder Público poderia ficar inerte ante as inúmeras situações concretas com que diariamente se defronta, e aí haverá discricionariedade quanto a alguns elementos, notadamente os motivos e o objeto, restando a competência e a finalidade como vinculados, via de regra, embora, a rigor, não existem atos apenas discricionários, mas atos praticados no exercício de algumas faculdades discricionárias, cumuladas com faculdades outras vinculadas.

Podemos dizer que, quando o ato administrativo é vinculado, o juízo de conveniência e oportunidade já foi efetuado pelo próprio legislador. Quando se tratar, todavia, de atos discricionários, a lei confere ao administrador esse juízo de conveniência e oportunidade, para que, então, escolha a melhor opção para o interesse público. A discricionariedade não significa, então, ausência de previsão normativa, mas uma competência previamente definida na lei, que fixa limites sobre a atuação do Estado, diante de situações concretas.

Logo, há uma correlação lógica entre conveniência/oportunidade e motivos/objeto do ato, em que a discricionariedade administrativa não é um “cheque em branco” assinado e entregue ao administrador, sendo obrigatório o exame de legalidade em



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sentido amplo, levando em conta o interesse público, com fundamento na lei, na Constituição e nos princípios basilares do ordenamento jurídico.

Vê-se, portanto, que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade resplandecem como técnicas de controle da discricionariedade, a partir dos Princípios Gerais do Direito, possuindo a natureza de normas fundantes.

A utilização de tais princípios resulta em eficiente técnica de controle, nem sempre averiguados pela via estreita do mero controle da legalidade do ato administrativo.

A indisponibilidade do interesse público, isto é, o fato de que os interesses e bens públicos não estão à mercê da livre disposição de vontade do administrador público, é uma das conquistas do Estado Democrático de Direito. Destarte, a atividade administrativa não pode estar fora ou acima da lei, estando submetida a esta (princípio da legalidade). No entanto, estar submetida à lei não significa cumprir apenas os comandos normativos explícitos e imediatos. A atividade administrativa também deve atender ao espírito da lei, o que, em sentido amplo, será sempre atender ao interesse público (princípio da finalidade).

Com fins de verificar se os atos do Poder Público encontram-se pautados em critérios racionais e razoáveis, tendo em vista o senso comum das pessoas normais, e, ainda, se as medidas e restrições impostas pelo Estado são proporcionais ao fim público visado, nascem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Serão razoáveis quando se apresentarem adequados, compatíveis e proporcionais. Quanto ao objeto, este também precisa ser real e razoável. A razoabilidade do objeto, resultado jurídico visado pelo ato, verificar-se-á através da sua conformidade e da sua eficiência.

Ademais, o princípio da razoabilidade encontra fundamento constitucional no ordenamento brasileiro através do art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, e também foi consagrado através da Lei de Ação Popular, n. 4.717, de 29.6.65, no seu art. 2º, parágrafo único, d, quando define a inexistência de motivos como sendo aquela materialmente inexistente ou inadequada ao resultado obtido, além da Lei n. 9.784, de 29.1.99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, impondo à Administração o princípio da razoabilidade, prescrevendo a utilização adequada entre meios e fins (art. 2º, caput e parágrafo único, inc. VI).

Já o princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso, permite que o juiz verifique não a legitimidade da Administração para o ato praticado, mas a relação de razoabilidade-coerência, razoabilidade-adequação e de proporcionalidade-necessidade das medidas tomadas pela ação administrativa, e revela-se como princípio



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fundante e essencial do Estado de Direito, recepcionado pela Magna Carta de 1988, através da cláusula inserta no seu art. 5º, § 2º, que abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias fundamentais, além de expressamente adotado pela Lei n. 9.784, de 29.1.99, que regula o processo administrativo no âmbito federal (art. 2º, caput e parágrafo único, inc. VI).

A conformidade ou adequação dos meios analisa se a medida tomada é adequada ao interesse público, se está em conformidade com o ordenamento jurídico e se é apropriada para atingir o fim público almejado.

A necessidade ou exigibilidade fundamentam que o cidadão tem direito à medida que lhe imponha o menor sacrifício possível, diante do interesse público perseguido pela Administração, ou seja, se o administrador tem diante de si várias opções que atendam ao interesse público, deverá escolher aquela que, tendo a mesma eficácia das outras, imponha ao administrado o menor ônus possível.

A proporcionalidade em sentido estrito preocupa-se com os limites de intensidade, de excesso, que devem ser respeitados pela Administração. É a regra de ponderação diante do caso concreto, ou seja, a medida administrativa pode ser adequada e necessária, porém, no caso concreto, pode haver um excesso injustificado, extravasando o necessário para o atendimento do interesse coletivo.

Há exemplos de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que têm limitado a atividade administrativa, decidindo, explicitamente, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da ação estatal. O STF tem, inclusive, controlado a constitucionalidade de algumas leis com fundamento nestes princípios.

Cito, a seguir, alguns exemplos da aplicação de tais postulados nas cortes superiores mencionadas.

No Superior Tribunal de Justiça:

1) nos autos do MS nº 5.631–DF (98/0005-624-6), de relatoria do Ministro José Delgado, julgado em 13.5.98, a 1ª Seção do STJ concedeu segurança contra exigência desnecessária, prevista em edital de licitação, entendendo que o procedimento de licitação encontra-se também vinculado ao princípio da razoabilidade. O voto do Ministro-Relator defende a tese de que a Lei nº 8.666/93 “veda que a administração exija, na licitação, circunstância impertinente, desarrazoada, desproporcional e irrelevante para o específico objeto do contrato”³⁶;

2) nos acórdãos proferidos no julgamento dos REsp’s n.ºs 109.710–PR (96/0062346-5) e 159.612–MS (97/0091808-4), ambos de relatoria do Ministro Hélio Mosimann, a 2ª Turma do Superior Tribunal manteve decisão judicial que anulou pena administrativa de perdimento do veículo, por considerá-la desproporcional em relação o valor da mercadoria apreendida pela fiscalização federal. Na ementa



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do acórdão proferido no REsp. nº 109.710–PR, há invocação expressa ao princípio da proporcionalidade. Trata-se de um típico exemplo de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito;

No Supremo Tribunal Federal, antes dos julgados, podemos citar as n.ºs 70, 323 e 547 que, em matéria tributária, impedem o exercício do poder sancionatório de forma desproporcional por parte da Administração. Quanto aos julgados, citamos:

Relevante acórdão foi proferido no julgamento da ADIn. nº 855-2–PR, de então relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que suspendeu, liminarmente, em 1º.7.93, a vigência de lei do Estado do Paraná que determinava a pesagem dos bujões de gás, à vista do consumidor, quando da venda do produto. Além da invocação de violação dos arts. 22, IV e VI, 24, 25, § 2º, e 238, todos da CF/88, a decisão da Suprema Corte apontou violação expressa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade das leis restritivas de direitos⁴².

Mencione-se, outrossim, o julgado de 23.4.96, pelo qual a 2ª Turma do STF deu provimento ao RE nº 192.568, para garantir o direito à nomeação de aprovados em concurso para o cargo de juiz adjunto no Estado do Piauí. Na lide, os recorrentes foram aprovados em concurso cujo edital estabelecia como objetivo do certame o preenchimento das vagas atualmente existentes e das que surgissem durante o prazo de validade do concurso. Porém, apenas trinta e três candidatos foram nomeados, embora existissem mais vagas e mais candidatos aprovados, durante o prazo de validade previsto no edital. Ainda assim, o Tribunal de Justiça do Piauí esperou o término do prazo do concurso, negando pedido de prorrogação dos recorrentes, e, de imediato, convocou novo concurso. Diante desses fatos, a 2ª Turma do STF entendeu, por maioria, que, *in casu*, houve violação, por esvaziamento, do art. 37, inc. IV, da CF, que determina a prioridade de convocação para os aprovados em concursos anteriores com relação a aprovados de novos concursos para o mesmo cargo. No entender do Ministro Marco Aurélio, relator do processo, ao negar de forma imotivada a renovação do concurso, apenas invocando estar no exercício da discricionariedade, e, imediatamente, convocar outro concurso, a administração do Tribunal feriu não apenas a regra do inc. IV do art. 37 da CF/88, mas também os princípios da Administração Pública, alicerçados no caput da r. norma constitucional. Ademais, a ementa do julgado invoca a razoabilidade ao prescrever: “O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes”. A decisão proferida no RE nº 192.568 é bastante inovadora e progressista no sentido de preservar os particulares de arbitrariedades e defender o interesse público por via dos princípios da Administração Pública consagrados pela Magna Carta. Na verdade, demonstra que o Judiciário pode verificar se a competência discricionária foi ou não exercida em conformidade com limites definidos pela lei e pelos princípios constitucionais⁴³.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, restando clara a aplicação de tais princípios, não é razoável, muito menos proporcional, exigir-se de um licitante documento diverso da CTPS para prova de vínculo empregatício, muito menos quando a redação do Edital não coaduna com o documento que seria, em tese, efetivamente exigido, neste caso o Edital fala em “ficha e registro” e o Pregoeiro e o Licitante recorrido entendem que se trata de “Ficha de Registro de Empregado”, levando a uma extensão arbitrária, desproporcional, irrazoável.

A sociedade brasileira e o Direito Pátrio entendem que a prova cabal da existência de vínculo direto de emprego entre empregador e empregado se dá pela assinatura da CTPS, bastando a apresentação de tal documento para que a Administração alcance o fim desejado.

Aceitar a tese da Recorrida, a descrédito das fundadas razões do recurso, seria admitir que o mérito administrativo não decorre do exercício da competência discricionária, e não consubstancia-se no juízo de conveniência e de oportunidade sobre qual a melhor ação para o interesse público.

Veja-se, por fim, o entendimento do Egrégio TJMG sobre a matéria:

“Apelados: Elite Serviços Ltda., Fund. Cultural Carlos Drummond de Andrade e outros

Relator: Des. Bitencourt Marcondes

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
- PREGÃO – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA
- EXIGÊNCIA DA APRESENTAÇÃO DE BALANÇO
PATRIMONIAL – INABILITAÇÃO DE LICITANTE –
ALEGADA AUSÊNCIA DE “TERMO DE ABERTURA” –
EXCESSO DE FORMALISMO – DOCUMENTO IDÔNEO
APRESENTADO**

ACÓRDÃO

Vistos etc., acordam, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, **em dar provimento ao recurso.**

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2010 (data do julgamento).

Des. Bitencourt Marcondes, Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

VOTO

O Sr. Desembargador Bitencourt Marcondes (Relator): Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Serviços Gerais Administração de Materiais e Estocagem



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ltda. – Sergame em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Afrânio José Fonseca Nardy, da 2ª Vara Cível da Comarca de Itabira, que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato da Superintendente e da Pregoeira da Fundação Cultural Carlos Drummond de Andrade, denegou a segurança pleiteada.

Requer a reforma integral da sentença, pois, nos termos do art. 4º, inc. XIII, da Lei nº 10.520/02, a exigência de apresentação de balanço na modalidade pregão é considerada rigorismo exacerbado, de forma que o mesmo ocorre com a inabilitação por ausência do “termo de abertura”, notadamente quando se constata que o “termo de encerramento” contém a chancela da Junta Comercial, comprovando, portanto, seu arquivo no citado ente.

Aduz que, diante da ocorrência de dúvidas a respeito da documentação apresentada, caberia ao pregoeiro realizar a diligência prevista no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, oficiando à Junta Comercial do Estado de Minas Gerais para averiguação do registro na forma como exigido no edital.

Ressalta, por fim, que o termo de abertura se limita a conter dados singelos da empresa quanto à razão social, CNPJ, endereço e inscrição na Junta Comercial, de forma que sua ausência não retira do licitante a capacidade econômica em cumprir o objeto licitado.

Recurso recebido a fls. 359.

Contrarrazões apresentadas a fls. 325/380 e 381/382.

Decisão a fls. 388.

O il. representante da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais manifesto-use, a fls. 391/395, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

I – Do objeto do recurso

Pleiteia a apelante a reforma integral da sentença, pois, i) a inabilitação em razão da ausência do termo de abertura do balanço patrimonial representa excesso de formalismo, tendo em vista a norma inserta no art. 4º, inc. XIII, da Lei nº 10.520/02; ii) caberia ao pregoeiro, anteriormente à inabilitação, em razão da ocorrência de dúvidas a respeito da documentação apresentada, realizar a diligência prevista



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, oficiando à Junta Comercial do Estado de Minas Gerais para averiguação do registro na forma como exigido no edital; iii) a ausência do “termo de abertura” não retira do licitante a capacidade econômica em cumprir o objeto licitado, pois se limita a dados singelos da empresa quanto à razão social, CNPJ, endereço e inscrição na Junta Comercial.

A licitação tem por finalidade garantir a observância do princípio da isonomia e de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, conforme estabelece o art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, é evidente que se caracteriza como procedimento formal; no entanto, a existência de formalidades e a observância ao princípio da vinculação ao edital não podem importar na imposição de formalismos exacerbados, já que o procedimento não se constitui em um fim em si mesmo, ao contrário, tem por escopo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas, ao mesmo tempo, busca propiciar a todos os interessados igual oportunidade de contratar com o Poder Público.

A propósito, leciona Hely Lopes Meirelles:

(...) o princípio do procedimento formal é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei, mas também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere (Lei nº 8.666/93, art. 4º).

Procedimento formal, entretanto, não se confunde com “formalismo” – que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias.

Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas – desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes – ‘pas de nullité sans grief’, como dizem os franceses.

12. Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XIII – a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e as Fazendas Estaduais e



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

No caso em tela, dois foram os motivos da inabilitação da impetrante no Pregão Presencial nº 03/2009: não ter apresentado como deveria o balanço patrimonial, em observância ao item 8.1.2.3, pois a cópia entregue não contém o registro ou autenticação na Junta Comercial; não consta o "termo de abertura" do livro diário, apesar de constar o "termo de encerramento" (fls. 225).

A motivação do ato atacado se encontra calcada, basicamente, no princípio da formalidade, disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei de Licitações.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 31, I, exige, para comprovação da qualificação econômico-financeira, o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei. No mesmo contexto, a Lei nº 10.520/02, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitação denominada pregão, prevê, como requisito para habilitação, a comprovação de que o licitante atenda às exigências do edital quanto à qualificação econômico-financeira (art. 4º, inc. XIII). Dispõe o item 8.1.3.2 do instrumento convocatório em análise, **in verbis**:

"8.1.3 – Qualificação Econômica Financeira

8.1.3.2 – Serão considerados 'na forma da lei' o Balanço Patrimonial (inclusive o de abertura) e demonstrações contábeis assim apresentados:

- a) publicados em jornal; ou
- b) por cópia ou fotocópia registrada ou autenticada na Junta Comercial da sede ou domicílio do licitante; ou
- c) por cópia ou fotocópia do livro Diário, devidamente autenticado na Junta Comercial da sede ou domicílio do licitante ou em outro órgão equivalente, inclusive com os termos de abertura e de encerramento".

A apelante, conforme se depreende dos documentos apresentados (fls. 184/189), apresentou, a título de comprovação da qualificação econômico-financeira, fotocópia do último balanço patrimonial, no entanto, sem o "termo de abertura".

O controle jurisdicional dos atos administrativos deve ser exercido à luz de sua razoabilidade e proporcionalidade, pois, embora caiba à Administração estipular os documentos que julga necessários para a comprovação da boa situação financeira da empresa, tal juízo de valor deve guardar



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

razoabilidade, para que não se frustrem os princípios mencionados nos dispositivos supramencionados.

In casu, tenho que os óbices impostos à habilitação da apelante estão calcados em formalismo exacerbado, incompatível com os demais princípios.

Isto porque, não obstante a ausência do “termo de abertura”, a cópia do balanço patrimonial apresentada está autenticada integralmente pelo Cartório do 3º Ofício, consta “termo de encerramento” devidamente chancelado pela JUCEMG, além de assinatura do contador credenciado ratificada pelo sócio-gerente, o que leva à conclusão de que pode ser considerado documento idôneo para preencher o requisito de comprovação de qualificação econômico-financeira inserto no art. 31, I, da Lei de Licitações.

Mutatis mutandis, é esse o entendimento da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, **in verbis**:

Administrativo. Licitação. Balanço patrimonial com assinatura de contabilista e ratificado por sócio-gerente. Eficácia. Eliminação de licitante. Irregularidade. Segurança deferida. Não é lícito negar-se eficácia a balanço elaborado por profissional de contabilidade e ratificado pelo sócio-gerente da empresa licitante.

Decisão, **por unanimidade, conceder a segurança** (MS nº 5595-DF, DJ de 29. 6.1998, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Órgão Julgador S1 – primeira seção).

Ilegalidade, inabilitação, empresa, licitação, alegação, irregularidade, assinatura, administrador, balanço, abertura, existência, autenticação, contador, rubrica, sócio, diretor, caracterização, excesso, exigência, Administração Pública, inobservância, vinculação, edital. Administrativo. Licitação. Habilitação. Exigência excessiva.

1. É excessiva a exigência feita pela Administração Pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não foram desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio.

2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao edital, quando a Administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4º, art. 21, da Lei nº 8.666/93.

3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial.

5. Segurança concedida.

Por unanimidade, conceder a segurança.

(MS nº 5631-DF, **DJ** de 17.8.1998, rel. Ministro José Delgado, Órgão Julgador: S1 – primeira seção.)

Na realidade, mantendo a decisão atacada estar-se-ia indo de encontro ao princípio da proporcionalidade, já que não se me apresenta adequado inabilitar empresa que, embora tenha apresentado a proposta mais vantajosa, não acostou documento "completo", cuja exigência supera aquela inserta no art. 31 da Lei nº 8.666/93. É importante frisar que a ausência do "termo de abertura" poderia ser suficiente para macular a cópia, mas não o conteúdo do balanço, pois foi apresentado o "termo de encerramento" devidamente chancelado pela Junta, ou seja, caso o balanço estivesse incompleto, a JUCEMG não teria apostado autenticação.

Nesse sentido, vale transcrever os comentários de Marçal Justen Filho:

Não se pretende negar que a isonomia é valor essencial, norteador da licitação. Mas é necessário, assegurando tratamento idêntico e equivalente a todos os licitantes, possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa.

Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o "princípio da isonomia" imporia tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo. Aplicando-se o princípio da proporcionalidade, poderia cogitar-se até mesmo de correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes.

Ora, o princípio do formalismo, como todo princípio, não pode ser interpretado de maneira absoluta, principalmente porque existem outros princípios informadores do sistema que, aparentemente, mostram-se antinômicos entre si. No caso da licitação, vários princípios a informam, tais como o da igualdade, legalidade, competitividade, impessoalidade, vinculação do edital, julgamento objetivo, e adjudicação compulsória etc. Tais princípios têm por objetivo permitir à Administração a escolha da melhor proposta e a igualdade dos licitantes. Daí por que os princípios informadores podem ser relativizados, para que seja atendida a finalidade da licitação, que se faz através de interpretação sistemática, onde se hierarquizam as normas de modo a evitar que um



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

princípio se imponha à custa da supressão de outro princípio, ou até mesmo contrarie o sistema cujos princípios são seus alicerces.

Dentro dessa perspectiva, merece reforma a sentença objurgada, pois, ao contrário do consignado pelo il. Magistrado **a quo**, vislumbro ilegalidade no ato que considerou a empresa recorrente inabilitada. Isto porque preencheu o requisito da comprovação da qualificação econômico-financeira nos termos previstos no art. 31 da Lei nº 8.666/93, não obstante o documento apresentado esteja "incompleto" pelo parâmetro do edital.

II – Conclusão

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença e conceder a segurança pleiteada, tornando definitiva a liminar concedida. Custas, na forma da lei. É como voto.

O Sr. Desembargador Fernando Botelho:

Voto

De acordo.

O Sr. Desembargador Edgard Penna Amorim:

Voto

Acompanho o em. Relator, reservando-me, porém, o eventual e oportuno aprofundamento do estudo da matéria.

Súmula: Deram provimento ao Recurso."

Diga-se, ademais, que, dentre as propostas apresentadas, a proposta da empresa Recorrente apresenta maior economicidade e vantajosidade em relação à proposta da empresa Recorrida, com diferença anual, a menor, no importe de R\$137.600,88 (cento e trinta e sete mil, seiscentos reais e oitenta e oito centavos).

Entretanto, inobstante a alegação da empresa Artebrilho de que não pretendia participar da rodada de lances, desistindo de apresentar lance verbal, como inserta na Ata de fls. 591/592 e versos, o pedido da Recorrente limita-se ao retorno ao procedimento de habilitação, com sua habilitação e, por conseguinte, a realização de nova rodada de lances, quando deverá ser declarado o vencedor.

Com certeza, após esgotada a análise do mérito do recurso e das contra-razões, atento ao Princípio da Isonomia, parece-nos que a designação de sessão apenas para a rodada de lances a opção mais acertada, eis que prejuízo não se achará a qualquer dos licitantes, sendo esta a intenção do procedimento licitatório, a competitividade, e não há pedido diverso por parte da Recorrente, cuja decisão a maior poderia levar a uma sentença *ultra petita*.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, examinada a questão sobre o prisma jurídico, à luz da legislação, dos princípios, da jurisprudência, e da doutrina aplicáveis à espécie, é forçoso concluir que a Pregoeira não agiu acertadamente ao manter sua decisão quanto à inabilitação da empresa Liderança Limpeza e Conservação Ltda..

Conclusão/Dispositivo

Ante as razões supramencionadas, **dou provimento ao recurso, e torno sem efeito a decisão da Pregoeira que inabilitou a ora Recorrente Liderança, bem como torno sem efeito a decisão que declarou vencedora a Recorrida Artebrilho e que adjudicou o objeto a seu favor.**

Por conseguinte, declaro habilitada a empresa Recorrente Liderança Limpeza e Conservação Ltda., determinando, ainda, a retomada da sessão pública, exclusivamente a partir da rodada de lances, observando-se os Princípios da Isonomia, da Competitividade, da Economicidade e Vantajosidade.

Retornem os autos ao Pregoeiro para a designação da sessão.

Sem custas nesta fase. Intimem-se. Publique-se
Belo Horizonte, 13 de maio de 2013.

Juiz Coronel BM Osmar Duarte Marcelino
- Juiz Presidente do TJMMG -