



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPACHO

Agravo de Instrumento Processo nº 2210269-51.2021.8.26.0000

Relator(a): **OSVALDO MAGALHÃES**

Órgão Julgador: **4ª Câmara de Direito Público**

Vistos, etc...

I - Trata-se de agravo de instrumento tirado em mandado de segurança referente ao procedimento licitatório – Concorrência nº 13223/2021 promovido pelo SENAC, para o fornecimento de ecossistema tecnológico para operação das soluções educacionais da rede EAD SENAC, insurgindo-se a impetrante, ora agravante, contra a r. decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de liminar para a “suspensão da decisão de inabilitação da impetrante INSTRUCTURE, bem como a suspensão de todos os atos subsequentes da licitação e/ou certame, visto que já há data para a abertura do envelope II”.

II – O recurso não pode ser conhecido pela Seção de Direito Público.

Em consonância com o afirmado pela própria agravante na petição inicial, a competência recursal para apreciar o agravo de instrumento é de uma das Câmaras de Direito Privado.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

“COMPETÊNCIA RECURSAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de segurança. Ato que desclassificou a impetrante de procedimento licitatório promovido pelo SENAC. Decisão agravada que negou liminar pleiteada para a determinação de suspensão do procedimento licitatório ou da execução do contrato firmado com a vencedora. Procedimento licitatório que não corresponde àquele disciplinado pela Lei nº 8.666/1993. Objeto da licitação. Contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas de direito privado. Competência das



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado. Artigo 5º, §1º, da Resolução nº 623/2013. Precedentes do Tribunal. Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição a uma das Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado” (Agravado de instrumento nº 2285454-66.2019.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Villen).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CELEBRADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO – Serviço Nacional da Indústria de Aprendizagem Comercial - SENAC, que não pertence à Administração Pública, direta ou indireta – Processo licitatório regido por regulamento próprio, o qual afasta a aplicação dos ditames da Lei de Licitações (Lei Fed. nº 8.666, de 21/06/1.993) – Questão embasada na aplicação da legislação civil, sem qualquer correspondência com a matéria de Direito Público – Distribuição do agravo de instrumento a esta 3ª Câmara de Direito Público – Impossibilidade – Competência recursal de umas das Câmaras da Seção de Direito Privado – Entendimento jurisprudencial deste TJ/SP – AGRAVO DE INSTRUMENTO não conhecido, com determinação de redistribuição dos autos a umas das Câmaras da Seção de Direito Privado deste TJ/SP” (Agravado de instrumento nº 2128091-50.2018.8.26.0000, Rel. Des. Kleber Leyser de Aquino).

Assim sendo, não conheço do recurso, determinando a remessa dos autos à Colenda Seção de Direito Privado.

Por derradeiro, em face da abertura dos envelopes amanhã, dia 09.09.2021, defiro o efeito suspensivo requerido até nova apreciação pela Câmara competente.

Int.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

OSVALDO MAGALHÃES
Relator

2130

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

DISTRIBUIÇÃO URGENTE - RISCO DE INEFICÁCIA DA MEDIDA

**INSTRUCTURE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE
LTDA. ("INSTRUCTURE" ou "Impetrante")**, sociedade
empresária limitada, inscrita no CNPJ/ME sob o nº
23.171.902/0001-96, com sede na Cidade de São Paulo, Estado
de São Paulo, na Avenida Faria Lima, nº 1336, conjunto
112, CEP 01451-0001, e-mail: cas@correameyer.com.br; por
seus advogados infra-assinados, vem, respeitosamente, à
presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 7º, §1º¹
da Lei nº 12.016/2009, e no artigo 1.015, inciso I² e
artigo 1.019, inciso I³, ambos do Código de Processo Civil,
interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
ATIVO

contra a r. decisão de **fls. 294/295** proferida pela D. Juíza
de Direito da 15ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central
- Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, que INDEFERIU

¹ Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

² Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias.

³ Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

O PEDIDO DE LIMINAR nos autos do Mandado de Segurança com Pedido de Liminar nº 1054807-56.2021.8.26.0053, impetrado em face do ato coator praticado pelo **Ilmo. Sr. Diretor da Administração Regional do SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL ("SENAC")**, entidade privada de serviço social e de formação profissional vinculada ao sistema sindical inscrita no CNPJ/ME sob o nº 03.709.814/0001-98, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Dr. Vila Nova, nº 228, 7º/10º andar, CEP 01222-90, Sr. LUIZ FRANCISCO DE ASSIS SALGADO, brasileiro, casado, administrador de empresas, portador da Cédula de Identidade RG nº 5.253.446 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob nº 047.793.128-68 ("Autoridade Coatora"), pelas razões a seguir expostas.

O presente recurso é instruído com cópia integral dos autos do processo que lhe deu origem, a despeito do que dispõe o §5º do artigo 1.017⁴ do Código de Processo Civil.

As mencionadas cópias são declaradas autênticas pelos signatários, sob responsabilidade pessoal.

Em atendimento ao disposto pelo artigo 1.016, inciso IV, do Código de Processo Civil, a Agravante informa que está representada pelos advogados Fabio Guimarães Corrêa Meyer, Camila Alves Saad e Andressa Lima Penteado, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, sob os nº 221.366, 268.179 e 428.040, respectivamente, com escritório na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Queiroz Filho, nº 1560 - 1º Andar - Torre Sabiá.

⁴ Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída: (...)
§5º Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia.

Por sua vez, a parte Agravada não constituiu patronos até o presente momento, por não ter sido citada.

Por fim, requer-se a juntada do anexo comprovante de recolhimento das custas judiciais de preparo⁵.

I. DO CABIMENTO, TEMPESTIVIDADE E COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO PRESENTE RECURSO

1. Antes de mais nada, é certa a competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, conforme prevê a jurisprudência desta Corte:

*COMPETÊNCIA RECURSAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de segurança. **Ato que desclassificou a impetrante de procedimento licitatório promovido pelo SENAC.** Decisão agravada que negou liminar pleiteada para a determinação de suspensão do procedimento licitatório ou da execução do contrato firmado com a vencedora. Procedimento licitatório que não corresponde àquele disciplinado pela Lei nº 8.666/1993. Objeto da licitação. **Contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas de direito privado. Competência das Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado.** Artigo 5º, §1º, da Resolução nº 623/2013. Precedentes do Tribunal. Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição a uma das Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado.*

(TJSP; Agravo de Instrumento 2285454-66.2019.8.26.0000; Relator (a): Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda

⁵ Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 3º **É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.**

Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/02/2020; Data de Registro: 05/02/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CELEBRADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO - **Serviço Nacional da Indústria de Aprendizagem Comercial - SENAC, que não pertence à Administração Pública, direta ou indireta - Processo licitatório regido por regulamento próprio**, o qual afasta a aplicação dos ditames da Lei de Licitações (Lei Fed. nº 8.666, de 21/06/1.993) - Questão embasada na aplicação da legislação civil, sem qualquer correspondência com a matéria de Direito Público - Distribuição do agravo de instrumento a esta 3ª Câmara de Direito Público - Impossibilidade - **Competência recursal de umas das Câmaras da Seção de Direito Privado - Entendimento jurisprudencial deste TJ/SP** - AGRAVO DE INSTRUMENTO não conhecido, com determinação de redistribuição dos autos a umas das Câmaras da Seção de Direito Privado deste TJ/SP.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2128091-50.2018.8.26.0000; Relator (a): Kleber Leyser de Aquino; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2018; Data de Registro: 03/08/2018)

COMPETÊNCIA - Ação de cobrança Contrato administrativo resultante de licitação feita para construção de escola do SESI Cobrança de correção monetária relativa a valor de caução retida- Entidade do sistema "S" Entidade de Direito Privado que, embora seja qualificada como entidade paraestatal não se submete às regras da Lei 8.666/93, tendo em vista a autonomia que lhe é conferida - **Competência para julgar o presente recurso que é de uma das Câmaras das Seção de Direito Privado II ou III** Remessa determinada - Recurso não

conhecido. (Apelação nº 1060296-40.2015.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 22.11.2019, v.u.

2. A tempestividade do presente recurso se comprova na medida em que a r. decisão agravada ainda não foi publicada, de maneira que o prazo de 15 dias previsto no artigo 1.003, §5º do CPC ainda não teve início, sendo plenamente tempestivo este recurso, conforme expressa determinação do artigo 218, §4º⁶ do CPC.

3. Ao lado disso, o recurso também é cabível, tendo em vista que impugna a r. decisão interlocutória proferida em Mandado de Segurança que indeferiu o pedido de tutela de urgência, matéria que integra o rol do artigo 1.015, inciso I, do CPC.

II. SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

1. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado a fim de proteger a grave violação do direito líquido e certo da Agravante em razão da r. decisão proferida pela Autoridade Coatora que negou provimento ao seu recurso e confirmou a inabilitação da Agravante na Concorrência nº 13223/2021 ("Concorrência" ou "Licitação") de maneira manifestamente ilegal porque **(i)** a Impetrante atendia aos requisitos técnicos exigidos pelo SENAC, de maneira que sua inabilitação é contrária à finalidade do procedimento licitatório, desproporcional e irrazoável; e **(ii)** deveria ter sido realizada diligência de averiguação do seu atestado de capacidade técnica, nos termos da Lei, Edital e jurisprudência.

⁶ Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. (...) § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

2. O procedimento licitatório em referência foi promovida pelo SENAC para o fornecimento de ecossistema tecnológico para operação das soluções educacionais da rede de Ensino à Distância do SENAC (fls.53/233).

3. Conforme o Edital, em 21.07.2021, na sede da Administração Regional do SENAC no Estado de São Paulo, foi realizada a sessão de abertura da Concorrência (fls.235/237), na qual compareceram 3 empresas licitantes, quais sejam, Blackboard do Brasil Serviços de Tecnologia em Educação Ltda. ("**Blackboard**"), D2L Brasil Soluções de Tecnologia para Educação Ltda. ("**D2L**") e a **Impetrante Instructure**, que promoveram a entrega dos Envelopes I, II e III, contendo, respectivamente, os Documentos de **Habilitação**, a **Proposta Técnica** e a **Proposta Comercial**.

4. Ato contínuo, o Presidente da Comissão Especial de Licitação promoveu a abertura do Envelope I das empresas licitantes, momento no qual as empresas Blackboard e D2L apontaram que o Atestado de Capacidade Técnica da Impetrante estava em desconformidade com o item 7.4.1 do Edital, uma vez que não apresentava o número de cursos/ambientes oferecidos à entidade atestadora.

5. A **Agravante Instructure** informou que atendia ao requisito mínimo de 10.000 (dez mil) cursos/ambientes e que bastaria um telefonema para a entidade emissora do Atestado de Capacidade Técnica para confirmar esse fato.

6. Contudo, em razão da ausência de corpo técnico específico na sessão de abertura, o Presidente da Comissão Especial de Licitação encerrou a sessão, a fim de que os apontamentos fossem analisados pela área técnica do SENAC

para posterior decisão acerca da habilitação das licitantes:

Em seguida analisou os Envelopes I, II e III e achando-os conforme iniciou a abertura do Envelope I, contendo os documentos de habilitação, solicitou aos presentes que rubricassem todos os documentos, **esclareceu que os documentos serão analisados internamente** e o resultado do julgamento dos Documentos de Habilitação será comunicado por e-mail e também divulgado no Portal Senac.

7. Confiando na análise da área técnica do SENAC, que poderia sanar quaisquer dúvidas acerca do Atestado de Capacidade Técnica diretamente com o seu signatário, **uma vez que as informações completas com os contatos das entidades atestadoras constavam dos referidos documentos**, a Impetrante aguardou a divulgação da decisão da Comissão Especial de Licitação.

8. Contudo, para a sua surpresa, a Agravante foi inabilitada por "não atender ao subitem 7.4.1 do edital (Os Atestados de Capacidade Técnica apresentados pela Instructure **não apresentam o número de ambientes/cursos conforme solicitado no edital**)" (fls.239/240).

9. A enorme surpresa se deu pelo fato de que a Agravante atende ao requisito mínimo de fornecimento de 10.000 (dez mil) ambientes/cursos para o seu cliente Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais ("PUC Minas") e que esse fato poderia ter sido facilmente averiguado e constatado pela área técnica do SENAC ou pela Comissão Especial de Licitação com um simples telefonema e/ou e-mail ao signatário do Atestado, Sr. Tulio Nogueira, conduta autorizada expressamente no próprio item 7.4.1 do Edital:

"7.4. Qualificação Técnica

*7.4.1. Apresentação de 1 (uma) Carta de Referência (**Atestado de Capacidade Técnica**), fornecida por cliente, pessoa jurídica de direito público ou privado, contendo nome legível, assinatura, cargo e telefone para possível contato, atestando que a Licitante executa ou já executou o objeto serviço provimento de sistemas de gestão de ambientes virtuais de aprendizagem com no mínimo, 65.000 (sessenta e cinco mil) alunos e 10.000 (dez mil) ambientes/cursos. **O documento deverá** ser entregue em papel timbrado do cliente, original ou cópia autenticada, assinada por um representante da empresa e **acompanhar os contatos do signatário para eventuais averiguações**. Não serão aceitos documentos com assinatura digital."*

10. A Agravante entrou em contato com o Sr. Tulio Nogueira para confirmar se realmente não havia sido feito nenhum contato pelo SENAC para averiguação das informações do Atestado de Capacidade Técnica e, conforme demonstra a declaração de fls.242, **foi confirmado que ninguém do SENAC o procurou para quaisquer esclarecimentos:**

Nós da PUC Minas, confirmamos que ninguém de nosso staff foi contatado pelo SENAC, nem por e-mail e nem por telefone, referente ao Edital N° 13223/2021 no qual somos referência do certificado de experiência apresentado pela empresa Instructure Licenciamento de Software LTDA como parte da documentação de habilitação. Estamos atentos e à disposição para atender o SENAC e confirmar as informações contidas no certificado de experiência apresentado.

11. **A Agravante inclusive solicitou um novo Atestado de Capacidade Técnica à PUC Minas (fls.244) no qual consta a informação de que são oferecidos mais de 55.000 cursos na plataforma contratada da Impetrante, ou seja, o requisito de quantidade mínima de 10.000 ambientes/cursos era perfeitamente atendido pela Impetrante:**

Número de usuários: 80.000

Número de cursos: 55.000+

Data de Início do contrato: 2016

Data de Término do Contrato: contrato vigente

Dados da pessoa que assina a Certificação:

Nome: Tulio Nogueira

Cargo: Coordenador de IT

Telefone de contato: (31) 32385600

E-mail: tulio@pucminas.br

12. É certo, portanto, que a inabilitação da Agravante em razão de não ter constado no Atestado de Capacidade Técnica a informação sobre o número de ambientes/cursos oferecidos, quando essa informação poderia ter sido obtida em uma simples diligência à entidade emissora (PUC Minas) e pelo fato de que o número de ambientes/cursos oferecidos pela Impetrante à PUC Minas atende às exigências mínimas do Edital (mínimo de 10.000 ambientes/cursos e a Impetrante oferece mais de 55.000) contraria o maior objetivo das licitações, que é o da obtenção da proposta mais vantajosa pelo ente licitante por meio da ampla concorrência. Excluir a Agravante do certame quando ela claramente cumpre os requisitos de qualificação técnica significa diminuir a concorrência da Licitação, já que sobraram apenas dois licitantes, o que certamente resultará em prejuízos ao SENAC.

13. Sendo assim, a Agravante interpôs Recurso Administrativo demonstrando as razões acima expostas (doc.246/261), mas o Diretor Regional do SENAC, ora Autoridade Coatora, negou-lhe provimento e manteve a r. decisão da Comissão Especial de Licitação, sob o argumento de que (fls.268):

- (i) Houve descumprimento ao subitem 7.4.1 do Edital pela ausência de informação sobre prestação de serviços superior a 65.000 de alunos/usuários, bem

como a um número superior a 10.000 de ambientes/cursos, que continha regra expressa (afirmação incorreta, já que a única informação faltante foi com relação aos ambientes/cursos);

- (ii) Tal descumprimento foi reconhecido pela Impetrante, que juntou novo Atestado de Capacidade Técnica, que, no entanto, não pôde ser aceito porque posterior à fase de habilitação, em violação aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório; e
- (iii) As averiguações previstas pelo subitem 7.4.1 tem por finalidade obter esclarecimentos complementares, mas não corrigir omissões sobre informações indispensáveis.

14. Nessa seara, não cabendo mais recurso administrativo para impugnar a decisão em testilha, não restou alternativa senão a impetração do Mandado de Segurança.

15. Assim, pelos evidentes probabilidade de direito e perigo de dano, conforme será detalhado em seguida, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela visou: **(i) a SUSPENSÃO DA DECISÃO DE INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE INSTRUCTURE, BEM COMO A SUSPENSÃO DE TODOS OS ATOS SUBSEQUENTES DA LICITAÇÃO E/OU A SUSPENSÃO DO CERTAME, VISTO QUE JÁ HÁ DATA PARA A ABERTURA DO ENVELOPE II (09.09.2021 - fls.268)**, uma vez que presentes os pressupostos autorizadores à concessão da medida emergencial (*fundamento relevante e do ato impugnado pode resultar a ineficácia da medida*).

16. Contudo, a MM. Juíza de primeira instância indeferiu o pedido de tutela de urgência (fls.294/295), por entender equivocadamente, com a devida vênia, que a empresa não apresentou no atestado de capacidade técnica o número de ambiente/usuários ser superior à 65.000 e do número de

ambientes/cursos ser superior à 10.000, bem como entendeu que a responsabilidade para juntar atestado de capacidade técnica com os dados indicados no edital é dos participantes do certame. *In verbis*:

"(...) Sem prejuízo, para evitar perecimento do direito, passa-se a análise do pedido liminar. Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante INSTRUCTURE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE LTDA visa suspender a Concorrência n. 13223/2021, sob o argumento de que apesar de a decisão da comissão julgadora (fls. 238/240), que não reconheceu atendido a comprovação da capacidade técnica e a declarou inabilitada, a empresa preenche os requisitos descritos no item 7.4.1 do Edital. O edital no item 7.4.1 estabelece (fls. 62): 7.4. Qualificação Técnica. 7.4.1. Apresentação de 1 (uma) Carta de Referência (Atestado de Capacidade Técnica), fornecida por cliente, pessoa jurídica de direito público ou privado, contendo nome legível, assinatura, cargo e telefone para possível contato, atestando que a Licitante executa ou já executou o objeto serviço provimento de sistemas de gestão de ambientes virtuais de aprendizagem com no mínimo, 65.000 (sessenta e cinco mil) alunos e 10.000 (dez mil) ambientes/cursos. O documento deverá ser entregue em papel timbrado do cliente, original ou cópia autenticada, assinada por um representante da empresa e acompanhar os contatos do signatário para eventuais averiguações. Não serão aceitos documentos com assinatura digital. **Em que pese o argumento da impetrante, a empresa não apresentou no atestado de capacidade técnica o número de ambiente/usuários ser superior à 65.000 e do número de ambientes/cursos ser superior à 10.000, nos termos acima especificados, conforme documento de fls. 243/244. Anoto por oportuno, que não compete a autoridade coatora fazer diligências e consultar empresas para as quais a impetrante presta serviços visando indagar o número de**

ambientes/cursos fornecidos pela empresa. A responsabilidade para juntar atestado de capacidade técnica com os dados indicado no edital é dos participantes do certame. Exigir que a autoridade coatora realize diligência, acabaria por impor tratamento desigual entre a impetrante e as demais empresas que participaram do certame e que apresentaram atestados de acordo com o item 7.4.1 do Edital, sendo elas Blackboard e D2L. Pelo exposto, em razão da ausência do fumus boni iuris INDEFIRO O PEDIDO LIMINAR. (...)"

17. Ou seja, a r. decisão agravada optou pelo formalismo do cumprimento de um ponto específico do Edital à possibilidade de aumentar a competitividade de certame, razão pela qual não pode ser mantida, sob pena de violação dos Princípios norteadores do Direito Administrativo e à própria Lei, ferindo, nessa sequência, direito líquido e certo da Agravante.

III. DA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO |
ABERTURA DO ENVELOPE II EM 09/09/2021

18. Antes de adentrar ao mérito do presente recurso, é importante esclarecer que, como foi negado provimento ao Recurso Administrativo da Impetrante, que era dotado de efeito suspensivo (item 12.5 do Edital), não há óbices para que haja continuidade do processo licitatório, passando-se para a abertura dos demais Envelopes (II e III), nos termos do item 11.7 e seguintes do Edital, o que poderá resultar na realização de outras fases do certame e, conseqüentemente, na declaração de vencedora de uma das licitantes restantes.

19. Veja-se que já foi publicado o Comunicado de Abertura da Proposta Técnica (Envelope II), que acontecerá no próximo dia 09.09.2021 (fls.268):

Comunicamos que a abertura da **PROPOSTA TÉCNICA (ENVELOPE II)** será realizada no dia **09/09/2021 às 14h30**, na sala 114 do Edifício-Sede do Senac – Administração Regional no Estado de São Paulo, localizado na Rua Dr. Vila Nova, 228, nesta Capital.

20. Assim, vemos que o SENAC está na iminência de realizar as próximas etapas da Concorrência, **sendo de rigor a imediata concessão de efeito suspensivo ativo ao presente recurso para que o ato coator seja suspenso e o SENAC seja impedido de dar continuidade à abertura dos demais envelopes e quaisquer outros atos subsequentes da Concorrência até o julgamento do presente recurso e do Mandado de Segurança, com fundamento no inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009:**

"Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica."

21. Conforme será exposto nas razões do presente recurso, os fundamentos apresentados são mais do que relevantes, haja vista que o direito líquido e certo da Agravante de ser habilitada no certame está sendo inequivocamente violado e, **caso os efeitos da r. decisão da Autoridade Coatora não sejam suspensos, haverá dano irreparável ao processo, já que o SENAC passará às próximas fases do certame, procedendo-se à abertura dos Envelopes II,**

excluindo-se a Agravante e tornando eventual discussão com relação ao mérito inócua.

21. Por tais motivos, **imprescindível que seja atribuído efeito suspensivo ativo ao presente recurso para SUSPENDER A DECISÃO QUE MANTEVE A INABILITAÇÃO DA INSTRUCTURE, BEM COMO A SUSPENÇÃO DE TODOS OS ATOS SUBSEQUENTES DA LICITAÇÃO E/OU A SUSPENSÃO DO CERTAME até o fim do julgamento deste recurso e da ação que lhe deu origem.**

IV. RAZÕES PARA REFORMA DA R. DECISÃO AGRAVADA

IV.1. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS | VIOLAÇÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA AGRAVANTE E ILEGALIDADE DO ATO COATOR

22. Ao contrário do que afirmou o D. Juízo de piso, que fundamentou o indeferimento da tutela de urgência no fato de que não compete a autoridade coatora fazer diligências e consultar empresas para as quais a Agravante presta serviços visando indagar o número de ambientes/cursos fornecidos pela empresa, **é certo que, a possibilidade de realização de diligências pelas comissões de licitação está expressamente prevista em toda a legislação aplicável às licitações públicas, bem como à jurisprudência afeita ao tema.**

23. Conforme mencionado anteriormente, após os apontamentos das concorrentes da Agravante a respeito da ausência de informação acerca do número de ambientes/cursos no Atestado de Capacidade Técnica emitido pela PUC Minas, a Impetrante estava certa de que a área técnica do SENAC e/ou Comissão Especial de Licitação, CUMPRINDO AO QUE PERMITE O ITEM 7.4.1 DO EDITAL, diligenciaria junto ao signatário do mencionado Atestado

para obter tal informação e assim confirmar o atendimento do requisito editalício mínimo de 10.000 (dez mil) ambientes/cursos pela Impetrante.

24. Isso porque a finalidade do Atestado de Capacidade Técnica é comprovar para o ente licitante que a empresa participante da licitação possui os requisitos profissionais e operacionais capazes de executar o objeto da licitação, ou seja, é um documento que apenas comprova a já existente capacidade de entrega do objeto licitado.

25. Isso significa que se a capacidade técnica já existia à época da abertura da licitação, qualquer equívoco de formalidade no preenchimento do Atestado pode ser corrigido por meio de diligência, uma vez que não há qualquer alteração na realidade fática de que a capacidade técnica já existia. Inclusive até mesmo por isso o Atestado apresentado pela Impetrante em seu Recurso deveria ter sido aceito pela Autoridade Coatora, sendo inaceitável o argumento de que foi apresentado fora do prazo, pois apenas atesta algo que já existia antes da fase de habilitação.

23. A possibilidade de realização de diligências pelas comissões de licitação está expressamente prevista em toda a legislação aplicável às licitações públicas. Vejamos:

*"Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações):
Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:*

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento."

"Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais):

Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que: (...)

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, na forma do inciso V do caput."

24. E também no próprio Edital da Licitação, especificamente no item 7.4.1 que trata dos Atestados de Capacidade Técnica, que exige que se informe "os contatos do signatário para eventuais averiguações".

25. Está claro, portanto, que se o Edital menciona expressamente que averiguações junto aos signatários dos Atestados podem ser realizadas, a confirmação do número de ambientes/cursos poderia ter sido feita nesses moldes porque se trataria de saneamento de uma falha meramente formal, o que é permitido e incentivado pelo E. TCU, tendo em vista a proteção do interesse público:

"3. Vale registrar que o objetivo da exigência constante no subitem 8.5.4.3 do Edital é avaliar a real capacidade de a empresa cumprir satisfatoriamente o objeto licitado, considerando os compromissos já assumidos noutras avenças. Nesse ponto, apesar das inconsistências apontadas no item anterior, verifica-se que a empresa possui tal capacidade. Assim, as falhas apontadas são puramente formais, podendo ser sanadas. 4. Salientamos que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União não só permite, como exige o saneamento de falhas meramente formais que atendam ao interesse público (TCU 04096320187, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 19/06/2019, Plenário)

26. Corroborando ainda com o entendimento da Corte de Contas, os ensinamentos do professor Adilson Dallari⁷, de que a **"licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital"**. Assim, há de se compor e respeitar todos os princípios positivados na legislação na busca por assegurar a seleção da proposta mais vantajosa ao ente contratante.

27. Nesse mesmo sentido é o entendimento do C. STJ, que afirma que o formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes, *in verbis*:

"DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO

⁷ DALLARI, Adilson de Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. Saraiva, 5ª Ed., pág. 13.

DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO. (...)
No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais. (...) O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes. Segurança concedida.”. (STJ – Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO – MS 5418 / DF – Fonte: DJ 01.06.1998 p. 24).

28. Nessa esteira, é certo que a realização de diligência para confirmação e averiguação de informações a respeito dos licitantes é instrumento legítimo na busca pela verdade fática, que evita desclassificações e inabilitações por meras formalidades, priorizando, assim, **o objetivo maior das licitações, que é a obtenção da proposta mais vantajosa após a concorrência entre o maior número de interessados possível.**

29. Por tudo isso é que podemos concluir que, na realidade, **a Autoridade Coatora priorizou o rigor formal de maneira totalmente irrazoável e desproporcional, e deixou de permitir a necessária competitividade, economicidade e eficiência à Licitação, retirando-se a oportunidade de o SENAC obter a proposta mais vantajosa,** o que configura a ilicitude do ato que deve ser corrigido, já que a inabilitação da Agravante resulta na concorrência de apenas 2 (duas) empresas, **uma delas a atual fornecedora dos serviços licitados.**

V. PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL E RISCO AO RESULTADO ÚTIL
DO PROCESSO

30. O perigo de dano ou até mesmo o risco ao resultado útil do processo reside no fato de que a Agravante não pode aguardar que a sentença seja proferida no Mandado de Segurança, uma vez que a licitação já terá sido encerrada, já que, repisa-se, foi publicado o Comunicado de Abertura da Proposta Técnica (Envelope II), que acontecerá no próximo dia 09.09.2021 (fls.268).

22. Isso significa que, caso a tutela de urgência para SUSPENDER A DECISÃO QUE MANTEVE A INABILITAÇÃO DA INSTRUCTURE, BEM COMO A SUSPENÇÃO DE TODOS OS ATOS SUBSEQUENTES DA LICITAÇÃO E/OU A SUSPENSÃO DO CERTAME não seja deferida, eventual decisão final do presente writ será absolutamente inócua.

V. CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS

23. Ante o exposto e presentes os requisitos do artigo 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil, **VISTO QUE JÁ HÁ DATA PARA A ABERTURA DO ENVELOPE II (09.09.2021)**, a Agravante requer a concessão de efeito suspensivo ativo inaudita altera pars, para suspender o ato coator e consequentemente o prosseguimento da Licitação, nos termos acima esclarecidos, até que o presente Agravo seja apreciado e definitivamente julgado por este Egrégio Tribunal.

24. No tocante ao mérito recursal, requer seja o presente recurso provido para reformar a r. decisão agravada, modificando-a em definitivo e determinando a **SUSPENSÃO DA DECISÃO DE INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE INSTRUCTURE, BEM**

COMO A SUSPENSÃO DE TODOS OS ATOS SUBSEQUENTES DA LICITAÇÃO E/OU A SUSPENSÃO DO CERTAME, uma vez que presentes os pressupostos autorizadores à concessão da medida emergencial, previstos no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009 (fundamento relevante e do ato impugnado pode resultar a ineficácia da medida).

25. Por fim, requer que as intimações sejam feitas exclusivamente em nome do signatário, sob pena de nulidade.

Termos em que,
P. deferimento.
São Paulo, 8 de setembro de 2021.

Camila Alves Saad
OAB/SP nº 268.179