

RECEBI EM: 06/03/2020

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAITINGA/CE.

PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAITINGA
LEI: 8.666.93
COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Tomada de Preços nº 1002.01/2020/TP

MARCO VILLAR SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ n.º 27.899.622/0001-50, Av: Argemiro de Souza, nº 79, Centro - João Pessoa - PB por seu representante legal infra-assinado, tempestivamente, vem, com fulcro na alínea "a", do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8666 / 93, à presença de (Vossa Excelência ou Vossa Senhoria), a fim de apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

Contra decisão desta Douta Comissão que não INABILITOU A RECORRENTE em face de desconhecer documento juntado pela mesma, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:

DA ADMISSIBILIDADE

No tocante ao prazo, de acordo com a data da publicação da decisão desta douta comissão, resta o presente recurso TEMPESTIVO, vez que ingressado antes do prazo limítrofe de 5 dias conforme dispositivo legal a seguir:

O presente Recurso encontra lastro no art. 109 da Lei 8666/93:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis.

Cabível, portanto, o presente recurso uma vez que se trata de decisão desta Comissão que deixou de reconhecer documento que, na verdade, encontra-se devidamente juntado ao processo licitatório.

DOS FATOS:

Quando do julgamento dos documentos de habilitação dos candidatos, a comissão julgadora, esta douta Comissão INABILITOU TODOS os concorrentes exceto a empresa Valber Paulo Sociedade Individual de Advocacia.

No tocante à empresa ora recorrente, a motivação apontada pela Comissão foi a de que a mesma deixou de atender às exigências do item 4.2.5.1 por entender que o Atestado de Capacidade Técnica apresentado pela recorrente era incompatível com o objeto da licitação.

Pois bem, conforme passaremos a narrar, a medida encontra-se eivada de ilegalidade pelas razões de fato e de direito adiante expostas:

DO DIREITO

DO EXCESSO DE FORMALIDADE E DA ADEQUAÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA ÀS EXIGÊNCIAS DO EDITAL

Inicialmente, é digno de nota esclarecer que são frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório.

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona à 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.

Ciente dos perigos da violação do princípio da igualdade também para o interesse público, houve por bem o legislador pátrio positivar o dever para o agente público de não proporcionar, nos atos convocatórios, preferências e distinções a uns ou a outros licitantes. O artigo 3º, §1º, da Lei 8666/93 dispõe que:

Artigo 3º, §1º: É vedado aos agentes públicos:

I – Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que **comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei n. 8.248 de 23 de outubro de 1991. (grifos)

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.”

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios.

O artigo 3º, §1º da Lei 8666/93 positiva o princípio da competitividade. Este princípio implementa o princípio da igualdade ao vedar ao administrador público estabelecer regras ou condições no ato convocatório do certame que, por serem dispensáveis ou desproporcionais acabem por excluir potenciais competidores, comprometendo, restringindo ou frustrando o seu caráter competitivo. É a competição que proporciona a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração. E para que esse objetivo seja alcançado, é indispensável oportunizar o acesso à competição do maior número possível de licitantes competidores.

Tamanha é a preocupação do legislador em garantir a competitividade dos procedimentos licitatórios que tipificou como crime a referida conduta no artigo 90 da lei 8666/93 quando, evidentemente, praticada com dolo especial.

Em todos os casos, por ser imposição legal, ao tomar conhecimento de cláusula editalícia impertinente ou irrelevante capaz de comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, o administrador público, no exercício do seu poder-dever de autotutela, deverá retificar o ato convocatório a fim de excluir as cláusulas eivadas de vício de legalidade, sob pena de manutenção de sua nulidade.

O edital convocatório capitulou o rol de documentos necessários à fase de HABILITAÇÃO, tendo sido todos os documentos devidamente juntados nesta fase pela empresa recorrente. Aliás, o Atestado de Capacidade Técnica atendeu, sim às exigências do Edital. Nele consta o nome da empresa, o CNPJ da empresa e da prefeitura, nomes completos dos representantes, etc... Ademais, não concordamos com a alegação de que o objeto do atestado era incompatível com o objeto da licitação.

Mesmo porque, a empresa recorrente tem por expertise justamente a prestação de serviços na esfera de atuação que objetiva a licitação. Tendo o representante da empresa comprovadamente vasta experiência na área, atuando há mais de dez anos.

Ademais, urge repetir que o Atestado de Capacidade Técnica juntado no rol de documentos cumpriu todas as exigências do edital, e que, HAVENDO QUALQUEL DÚVIDA A RESPEITO, DEVERIA A COMISSÃO PROCEDER COM DILIGÊNCIA PARA ESCLARECER A DÚVIDA, NÃO INABILITAR SUMARIAMENTE A EMPRESA.

Lamentavelmente, ainda é possível observar a reiterada prática das entidades governamentais de fazer exigências que extrapolam os ditames legais, justificadas pelo descabido argumento de se resguardar o ente licitante de eventual fraude documental ou de ampliar a segurança da futura contratação.

A Administração não pode exigir algo que a lei não lhe permita.

Por um outro lado, o § 3º do artigo 43 da Lei 8666/93 disciplina sobre a realização de diligência sempre que necessário, a saber:

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a

inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Segundo o TCU:

“Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”.
(Acórdão 2302/2012-Plenário, TCU)

Não custa lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a “licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.

E ainda, a forma com que foi declarada a inabilitação da empresa recorrente carece de adequação ao princípio da motivação, da legalidade por haver sido feita de forma genérica. Não se explicou no ato de inabilitar em que ponto o objeto do Atestado de Capacidade Técnica não condiz com o objeto da licitação. Segundo Hely Lopes Meirelles: “denomina-se motivação a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato”. Motivar significa apresentar e explicar, de maneira clara e congruente, os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados.

DO ATESTADO DE CAPACIDADE:

No que concerne ao suposto desatendimento do objeto licitado, percebemos que a Douta Comissão se equivocou, em que pese sua experiência neste tipo de procedimento, quanto a exigência de objeto idêntico. Nesse contexto, é imperioso destacar que a Lei 8666/93 e a jurisprudência do TCU estão em harmonia no sentido de que o atestado de capacidade necessita ser SIMILAR (que é da mesma natureza) com o objeto licitado e não IGUAL (que, numa comparação, não apresenta diferença quantitativa), que são termos diferentes

Assim o artigo 30, da lei 8666/93 nos diz:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a (grifo nosso):

I – (...);

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

...

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços

similares (grifo nosso) de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior..

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Ademais cumpre colacionar os julgados do TCU que sustentam o que a própria lei já nos mostra de maneira clara:

Acórdão 361/2017 – Plenário | Ministro Vital do Rego

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que o licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

Acórdão 1891/2016 – Plenário | Ministro Marcos Bemquerer

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem, em regra, comprovar a habilidade da licitante em gestão de mão de obra.

Acórdão 1168/2016 – Plenário | Ministro Bruno Dantas

Nas contratações de serviços de terceirização (serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva da mão de obra), os atestados de capacidade técnica devem, em regra, comprovar a habilidade da licitante na gestão de mão de obra.

Acórdão 553/2106 – Plenário | Ministro Vital do Rego

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais.

Com os Acórdãos acima especificados, fica bem claro a posição do TCU sobre este tema, ou seja, os Atestados devem comprovar que a licitante tem aptidão na Gestão da Mão de obra e não especificadamente a cada item do objeto licitado.

Mestre Marçal Justen Filho em "Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos" – 1ª Edição AIDE Editora – Rio de Janeiro, 1993.

"É Proibido rejeitar atestados, ainda que não se refiram exatamente ao mesmo objeto licitado, quando versarem sobre obras ou serviços similares e de complexidade equivalente ou superior. A Similitude será avaliada segundo critérios técnicos, sem margem de liberdade para a administração."

Ainda, Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª edição, pag. 336, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, assim dispõe:

"Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com a disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima. A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. (...)"

Já o Saudoso Hely Lopes Meirelles, pai do Direito Administrativo Brasileiro leciona que:

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.”

Portanto, resta incontroverso que não se pode exigir do licitante condições que fujam ao que preconiza a lei regente do tema, ou seja, exigir total identidade com o objeto, enquanto a lei exige similaridade. Tal exigência fere de morte o caráter competitivo, o qual será tratado a seguir.

DA FRUSTAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO

Outro ponto que merece especial destaque é que a inabilitação da empresa recorrente frustra o caráter competitivo da licitação. Caso esta Comissão ainda não se conformar com o que até agora foi exposto, trazemos à baila outra questão de relevância de ordem Constitucional.

Diz o art. 37 da Carta Magna:

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.

Com efeito, a Administração Pública tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa à administração, atendendo ao **princípio da isonomia**, não incluindo cláusulas ou condições restritivas ou frustrem o caráter competitivo. Destarte, as motivações que inabilitaram a recorrente, além de consubstanciar-se em

medida de extremo rigor visto trata-se de mera exigência formal, que não é indispensável ao cumprimento das obrigações do contrato administrativo, ceifa a chance da administração pública avaliar a proposta mais vantajosa.

Salienta-se que o legislador originário também se preocupou em garantir às licitações o **PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DA FORMA**, princípio este malferido quando da inabilitação da recorrente. Nesta senda, estamos diante de um formalismo/rigor excessivo ao se exigir obrigações que podem facilmente ser averiguadas quando da sua veracidade.

Repita-se, ao contrário de o objeto do que se alega na ata da abertura dos envelopes de habilitação, o objeto do Atestado de Capacidade Técnica apresentado pela recorrente não difere do objeto do edital. Aliás, a empresa recorrente, repete-se, cumpriu fielmente às exigências do edital. NÃO SE ADMITE, NESTE CASO, SEQUER A INABILITAÇÃO NOS MOLDES EM QUE FORA INABILITADA.

Por isso, repisa-se que deve-se observar o conteúdo, não a forma. Portanto, não sendo outro o motivo que alicerçou a inabilitação da recorrente, restou esclarecido o equívoco perpetrado por esta Douta Comissão. Postula-se, desta forma, a reforma do entendimento no sentido de **HABILITAR A EMPRESA RECORRENTE**.

É inadmissível que se demande aos licitantes exigências que seriam facilmente esclarecidas por simples diligência e que acabem, como acabaram, por frustrar o caráter competitivo da Licitação

É dever do ente responsável pela licitação demandar aos participantes apenas os documentos e requisitos permitidos em lei.

A motivação para a inabilitação da empresa recorrente é genérica, não permitindo à recorrente rechaçar exatamente o que se exigiu pela Comissão. A lei não faculta ao Administrador impor exigências técnicas de acordo com sua conveniência e sem previsão normativa. Aliás, própria Lei nº 8.666/93 proíbe, expressamente, no § 5º de seu artigo 30 a exigência de quaisquer comprovações de atividade ou de aptidão técnica que não se encontrem nela previstas:

"Parágrafo Quinto do artigo 30 - É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação."

A lei não faculta ao Administrador escolher as exigências técnicas de habilitação de acordo com sua conveniência. Enfim, ou se cumpre o que está previsto na norma ou então o instrumento convocatório estará em rota de iminente anulação por ilegalidade até mesmo por via de Mandado de Segurança.

Evidentemente que, caso a Comissão de Licitação ou o Pregoeiro responsável tenham dúvidas acerca das informações contidas em determinado documento juntado pelo licitante em sua documentação de habilitação, deverá promover diligência perante o responsável pela emissão dos atestados, utilizando-se para isso da prerrogativa disponibilizada pelo § 5º, do artigo 43, da Lei nº 8.666/93. Segundo tal comando normativo, em qualquer fase da licitação, é autorizada a promoção de diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedando-se, evidentemente, a inclusão posterior de documento ou informação que já deveria constar originariamente dos documentos apresentados pelo licitante.

É certo que o condutor da licitação pode, em diligência, solicitar, por exemplo, do emissor do atestado de capacidade técnica, o encaminhamento de documentos adicionais para fins de esclarecer se houve de fato a prestação daquilo que foi declarado como executado. Não pode, no entanto, obrigar o licitante a obter ou juntar tais documentos como condição de habilitação no certame.

Se há, realmente, a necessidade de esclarecimento da veracidade das informações, cabe ao condutor da licitação tomar as providências nesse sentido, e, sempre que possível, evitar a paralisação do certame licitatório. Isso porque, ainda que habilitado ou classificado, caso, posteriormente, comprovada a falsidade do documento apresentado, o pretense licitante e todos os envolvidos na fraude serão alvos de penalidades duríssimas (cíveis e criminais) e, caso firmada a contratação, com a rescisão imediata do ajuste e devolução dos recursos financeiros que eventualmente tenham recebido.

Por fim, não obstante as razões aqui ventiladas, mormente a **NÍTIDA FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO** da licitação, eis que esta Comissão **INABILITOU TODOS OS CONCORRENTES**, é ululante que o fato nitidamente frustra o caráter competitivo da licitação.

É por estas razões que se reitera o pedido no sentido de que se **HABILITE** a empresa recorrente, a fim, até mesmo de que se avalie, de fato, a melhor proposta. **TUDO POR SER DA MAIS PURA E LÍDIMA JUSTIÇA**

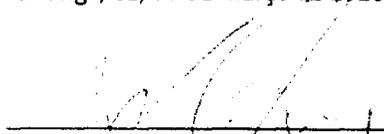
DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer o recebimento do presente recurso para que seja julgado procedente o pedido de Habilitação da Recorrente, reformando, assim, a decisão proferida por esta nobre Comissão para declarar **HABILITADA** a empresa **MARCO VILLAR SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA**, em observância aos princípios supramencionados, sobretudo o da competitividade, dando, por conseguinte prosseguimento ao procedimento licitatório.

Nestes Termos

P. Deferimento

Itaitinga/CE, 02 de março de 2020


Marco Aurélio de Medeiros Villar

OAB/PB 12.902

MARCO VILLAR ADVOGADOS ASSOCIADOS
CNPJ. 27.899.622/0001-50
Marco Aurélio de Medeiros Villar
Sócio Gerente
CPF 032.671.554-10