



ENERGY
Serviços



EXMA. SRA. **PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA RUSSAS**

*Recebido recer
30/04/2021*

*Antônia de Maria Porfírio
Mat. nº. 1033*

Tomada de Preços Nº SI-TP002/21

ENERGY SERVIÇOS EIRELI - EPP, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ (MF) sob o nº 19.959.003/0001-85, com sede na Rua Alfredo Terceiro, 500, 2º Andar, Sala 204 – Centro – Boa Viagem - CE, vem, por meio de seu representante legal, nos termos do art. 109, "caput", da Lei nº 8.666/93, e da Prefeitura Municipal de Tamboril, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

Contra decisão proferida pela COMISSÃO DE LICITAÇÃO que inabilitou a recorrente para participar da mencionada licitação, nos termos das razões anexas, que ficam fazendo parte integrante desta petição, requerendo o recebimento e processamento do presente recurso na forma da lei e do edital de licitação.

Requer, outrossim, que seja concedido efeito suspensivo ao presente recurso, decretando-se a suspensão do processo licitatório, até seu julgamento, como determina o art. 109, I, "a", e § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Boa Viagem – CE, 30 de Abril de 2021.



ENERGY
Serviços



1. DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento desta instituição para o certame licitatório susografado, a recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias.

2. DAS RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO

A douta Comissão de Licitação julgou a subscrevente inabilitada sob a alegação de que a "ENERGY SERVIÇOS EIRELI - EPP - por deixar de apresentar a comprovação exigida para o item 7.4.3 - Quanto à capacidade técnico profissional; letras "b, c, d".

Consoante demonstrado acima, a Recorrente foi inabilitada no certame, tendo em vista que a colenda Comissão de Licitação não considerou atendidos os atestados de **Capacidade técnica Profissional**.

Entretanto, a decisão recorrida não merece prevalecer tendo em vista que não guarda relação com a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Acordões do TCU e nem com os princípios gerais que norteiam o procedimento licitatório do que seja prelevante a proposta mais vantajosa, conforme ficará a seguir demonstrada.

3. DA OBDIÊNCIA ÀS NORMAS E PRINCÍPIOS DE DIREITO

Inicialmente, cabe salientar que o fato de a Comissão Permanente de Licitação está baseado na Lei Federal Nº 8.666/93, Lei Complementar Nº 147/2014, Lei Complementar Nº 123/2016, entre as quais estão o da Legalidade, Moralidade, Isonomia, Publicidade, Vinculação do Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo.

O princípio da Legalidade aparece expressamente na nossa Constituição Federal em seu art. 37, caput, que dispõe que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". Encontra-se fundamento ainda no art. 5º, II, da mesma carta, prescrevendo que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

Como leciona Hely Lopes Meirelles: "a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está,, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".

Ainda para Hely Lopes Meirelles: "Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal, ..., na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".

Portanto, as decisões e julgamentos da Comissão Permanente de Licitações, no que tange às licitações, não devem ser tomadas em benefício próprio ou da forma que melhor lhe aprouver, mas dever ser tomadas em estrita obediência aos Princípios gerais de direito esculpido na Carta Magna e na Lei Geral de Licitações.

Vale lembrar, também, do princípio da publicidade possui status constitucional. É elencado como um dos princípios norteadores de toda a atividade administrativa (Constituição Federal, art. 37, caput).

A publicidade representa condição de eficácia para os atos administrativos, marcando o início da produção dos seus efeitos externos, já que ninguém está obrigado a cumprir um ato administrativo se desconhece a sua existência. Este só goza de imperatividade e se torna operante a partir da divulgação oficial (MARINELA, p. 39).

Um exemplo disso é a norma constante do art. 61, parágrafo único, da LLC, que determina a publicação de extrato do contrato administrativo como condição indispensável de eficácia (portanto, mesmo válido, o contrato não publicado não precisa ser cumprido, pois ainda não produz efeitos).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, alçada à categoria de princípio, é obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa. 2. Como ato diverso e autônomo que é, o ato administrativo que torna sem efeito ato anterior, requer fundamentação própria, não havendo falar em retificação, se o ato subsequente não



ENERGY
Serviços



se limita a emendar eventual falha ou erro formal, importando na desconstituição integral do ato anterior. **3. O ato administrativo, como de resto todo ato jurídico, tem na sua publicação o início de sua existência no mundo jurídico, irradiando, a partir de então, seus legais efeitos, produzindo, assim, direitos e deveres.** 4. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg NO RMS 15350/DF, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0121434-8, Fonte: DJ 08.09.2003 p. 367) (grifei).

A publicidade possui, ainda, outras relevantes funções: constitui termo inicial para contagem de prazos; viabiliza o controle e a fiscalização dos atos praticados pelo Poder Público; efeito inibitório, visto que a ciência da sociedade tende a inibir a prática de irregularidades em razão da possibilidade de repressão das ilicitudes e desvios.

Publicidade e publicação não são sinônimos. Publicação é um dos instrumentos por meio dos quais se efetiva a publicidade, a qual pode vir a ocorrer de várias maneiras: cientificação pessoal da parte no processo; afixação de edital na repartição; via postal; divulgação na imprensa; sessão realizada de portas abertas (como ocorre na licitação); publicação em jornal de grande circulação.

Como princípio, a publicidade abrange toda a atuação estatal, alcançando a divulgação oficial de seus atos, o conhecimento amplo da conduta interna de seus agentes e a garantia de acesso à informação pelos administrados. Tão grande é a sua relevância que a desobediência ao dever de dar publicidade aos atos oficiais pode caracterizar improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429/92 (art. 11, IV).

Contudo, a despeito de dar cumprimento ao mandamento constitucional, não pode o administrador utilizar-se da publicidade dos atos administrativos como forma de promoção pessoal, conduta que é vedada pela própria Constituição da República (§ 1º do artigo 37).

Existem exceções ao princípio da publicidade, definidas na própria Carta Maior (art. 5º, incisos X, XXXIII e LX), porém, justamente por configurarem situações excepcionais, o sigilo deve ser justificado, e sempre adotado nos estritos limites da necessidade.

Transportando-se para a seara das licitações, o princípio da publicidade – ou da isonomia do conhecimento, segundo Carlos Pinto Coelho Motta (in Eficácia nas Licitações e Contratos, p. 271) – visa a garantir a qualquer interessado as faculdades de participação e de fiscalização dos atos da licitação (MARÇAL, p. 454).

Deste modo, além de possibilitar o amplo acesso dos interessados ao certame, também propicia a verificação da regularidade dos atos praticados. Ademais, com a maior publicidade, com a maior transparência, com o acesso verdadeiramente público aos documentos da licitação, diminuem as possibilidades de conluíus e fraudes (...) (DALLARI, p. 122).

Para que a publicidade ocorra de forma válida na licitação, é essencial que a divulgação da sua existência se dê com antecedência apta a viabilizar a participação de eventuais interessados. Atentando para essa necessidade, o legislador estabeleceu prazos mínimos entre a divulgação do aviso de licitação e a data de realização da sessão pública.

Tais prazos podem ser estendidos, conforme a complexidade do certame (jamais reduzidos, sob pena de incorrer-se em nulidade do procedimento por acarretar indevida restrição à competitividade), e variam conforme a modalidade licitatória.

Seja qual for a modalidade adotada e o correspondente prazo legalmente previsto, o participante poderá pleitear a dilação do mesmo, cabendo-lhe o ônus de demonstrar que o prazo previsto no ato convocatório, ainda que atenda ao disposto na legislação, inviabiliza a sua participação (levando, dessa forma, à redução do universo de licitantes).

Isso porque a divulgação prévia das regras e condições da licitação se destina a permitir que eventuais interessados avaliem a conveniência de sua participação no certame, obtenham as informações necessárias e elaborem as suas propostas ou (na hipótese de concurso) preparem a obra que apresentarão para disputa. Em princípio, o prazo é tanto mais elevado quanto mais complexa se configurar a elaboração da proposta ou da atividade relativa ao concurso (MARÇAL, p. 481).

4. DO ITEM 7.4.3 – CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL.

Previamente, ao mérito, convém transcrever uma parte do Edital que trata do assunto:

7.4.3 - *Comprovação de que a empresa possui em seu quadro, na data prevista para entrega dos envelopes, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pelo conselho competente, cujo nome deverá constar na certidão de acervo técnico (CAT), emitido pelo respectivo conselho, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço já concluído, de características semelhantes às do objeto do edital (...).*

Insta salientar inicialmente que a inabilitação está pautada em excesso de rigor. Afinal, a empresa apresentou conforme descrito no item 7.4.3, certidões de acervo técnico com atestado, com numeração 233313/2021 – referente a serviços de gerenciamento, ampliação, modernização e efficientização do parque de iluminação pública do município de Crateús.

Pois bem.

Basta uma análise rápida, para identificar que a recorrente, possui profissional capacitado e com um rol de serviços semelhantes e similares, tanto referente ao objeto ora licitado, quando em relação a complexidade dos serviços.

Assim, seria elemento, complementar, tendo em vista que a autoridade responsável pela condução do certame deverá sempre, de um lado, atender ao interesse público, de outro à finalidade específica. Na definição de Seabra Fagundes, *"a finalidade é o resultado prático que se procura alcançar"* com o emprego da lei e procedimentos adequados, ou seja, o desencadear de um procedimento licitatório deve sempre culminar em fins específicos e determinados, evitando, sempre que possível, formalidades desnecessárias e coibindo o emprego de excessos. Logo, requer razoabilidade e proporcionalidade em suas decisões.

Carlos Pinto Coelho Motta, em sua obra "Gestão Fiscal e Resolutividade nas Licitações, ensina que:

"Reputa-se formal, e por conseguinte inessencial, falha que não tem condão de afetar a essência da proposta, a manifestação de vontade do proponente. Quanto à documentação, a tendência doutrinária mais nítida é no sentido da aceitação do acervo documental daquele que evidencie o preenchimento das exigências legais, mesmo não tendo sido observada a norma estrita, delimitada no edital".

Em vista da finalidade ainda maior da licitação – que é a busca da proposta mais vantajosa, a de menor preço, em modalidade propositadamente despojada de maiores burocratismos. E, nesse passo, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade se unem ao uso da legalidade para autorizar a suspensão do defeito".

Ademais, no caso de dúvidas, a autoridade responsável pela condução do certame deverá instaurar diligências para saná-las, nos moldes do disposto no artigo 43, § 3º que assim determine:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 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.

Marçal Justen Filho faz as seguintes considerações:

"A autorização legislativa para a realização de 'diligências' acaba despertando dúvidas. Em primeiro lugar, deve destacar-se que não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade. Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes".

De qualquer forma, falhas de pequena monta não deverão levar à inabilitação ou desclassificação, isso porque, acerca do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, decidiu o STJ que ele não pode sobrepor aos demais princípios previstos no art. 3º da Lei 8.666/93, sobretudo aos princípios da legalidade e isonomia.

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 coimando exigências desnecessárias e do excessivo rigor



ENERGY
Serviços



prejudiciais ao interesse público. Possibilidade. Cabimento do mandado de segurança para esse fim. Deferimento

Consoantes ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é "absoluto", de tal forma que impeça o judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e coimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração.

O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.

Segurança concedida. Voto Vencido

(Fonte: STJ - -MS 5418/DF. Mandado de Segurança nº 1997/0066093-1. Primeira Seção, Ministro Demócrito Reinaldo. DJ 01/06/1998 p.24)

Ainda:

"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. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado do princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial". (STJ. MS nº 5631/DF. DJU 17/08/1998 p. 07)

Nesse sentido, recordem-se as palavras do eminente Min. Sepúlveda Pertence. Vejamos "Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para as demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo das propostas, não se vislumbra ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é adjudicação do objeto á licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio ao interesse público, escopo da atividade administrativa" (RO em MS 23.714-1-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence – destaque-se que a questão envolvia a



ENERGY
Serviços



licitação do TSE para aquisição de urnas eletrônicas, ou seja, a equivocada desclassificação se deu por ordem de tribunal, o que não se afigura desconhecimento da lei, pois todos estamos sujeito ao erro no calor dos acontecimentos, mormente quando precisamos emitir julgamento célere).

Portanto, verifica-se que a decisão da colenda Comissão de Licitação por inabilitar a Requerente não deve prevalecer, tendo em vista que se baseia em exigência considerada excesso de rigor e sem prejuízos para a Administração Pública tendo em vista, que a mesma apresentou a documentação conforme solicitada.

Contudo, no presente certame, caso não reformada a decisão, restará incontestado o desrespeito a este importantíssimo princípio, pois, é clara e evidente a manifestação discriminatória da decisão que trata com rigor os licitantes.

Conclui-se, portanto, no sentido de que proceder com inabilitação da recorrente é aceitar a ideia de agir de forma desarrazoada e macular o procedimento licitatório, haja vista o desrespeito aos princípios em comento, pois, é certo que a inabilitação da recorrente fará com que a Administração corra o risco de perder a oportunidade de contratar com aquela licitante que teria a proposta mais vantajosa.

Por fim, a decisão de inabilitação merece ser reformada, uma vez que toda a documentação apresentada e guarda estreita conformidade com as exigências da legislação vigente.



ENERGY
Serviços



5. DO PEDIDO

À luz de todo o exposto e ante o flagrante decisivo da Comissão de Licitação a inabilitar a recorrente no certame licitatório, é a presente para requerer o conhecimento, processamento e julgamento do presente Recurso Administrativo e assim dar **PROVIMENTO** para que seja considerada **HABILITADA** e apta a prosseguir nas demais fases do certame, a empresa **ENERGY SERVIÇOS EIRELI - EPP**.

Termos em que, pede o provimento do recurso.

Boa Viagem – CE, 30 de Abril de 2021

Ivna de Alencar Costa

Ivna de Alencar Costa

Advogada

OAB/CE 35.305

Fernando Igor Garcia de Lima Paulino

Fernando Igor Garcia de Lima Paulino

CPF: 074.221.613-61

Energy Serviços Eireli-EPP

Sócio Administrador