

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

CONTRA RAZÃO :

ILM^o(a). SR^o(a). PREGOEIRO(A) DO MUSEU PARAENSE EMÍLIO GOELDI - MPEG.

KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA - ME, pessoa jurídica de direito privado, portadora do CNPJ nº 83.569.459/0001-38, com sede na Al. Moreira da Costa, nº 25, Bairro São Braz, CEP: 66093-710-88, já qualificada no processo licitatório, na modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2019, Processo Administrativo nº 01205.000307/2018-12, em razão do RECURSO ADMINISTRATIVO interposto pela empresa FÊNIX ASSESSORIA & GESTÃO EMPRESARIAL LTDA, através de seu representante legal assinado ao final, perante o Pregoeiro, vem tempestivamente apresentar CONTRA-RAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO, o que o faz com base no artigo 26 do Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, e ainda de modo subsidiário, os termos da Lei n.º 8.666/93 de 21.06.93, que regulamentou o artigo 37 do inciso XXI, da Constituição Federal, caso em que se a decisão não for reconsiderada pelo Pregoeiro, então, dirigir o recurso devidamente instruído à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, no caso, a Pregoeira, com as razões que seguem em anexo, após observando as necessárias formalidades legais.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Belém-PA; 22 de março de 2019

KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – ME
Antônio José Pereira Carneiro Muniz
Sócio - Empresário

RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO

LICITAÇÃO: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2019, PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 01205.000307/2018-12 - MUSEU PARAENSE EMÍLIO GOELDI - MPEG

RECORRENTE: FÊNIX ASSESSORIA & GESTÃO EMPRESARIAL LTDA
RECORRIDA/IMPUGNANTE: KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA - ME

1 - DO PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DAS CONTRA-RAZÕES DO RECURSO.

O artigo 26 do Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, determina o PRAZO para os Recursos, Razões do Recurso e Contra-Razões, do seguinte modo:

“Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.”

2 - DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DAS RAZÕES E CONTRA-RAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO

Aplicada de forma subsidiária, a Lei nº 8.666/83, no seu artigo 110, dispõe que na contagem do prazo para os atos em procedimento licitatório, só se iniciam e vencem os prazos em dia de expediente no órgão ou na entidade, e que excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, do seguinte modo:

“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.”

3 - DOS FATOS

A presente licitação tem como OBJETO a “contratação de empresa especializada para a prestação de Serviços de Apoio Técnico Administrativo, de forma continuada, com dedicação de mão de obra, para realização de serviços essenciais e acessórios para atuação no Museu Paraense Emílio Goeldi- MPEG, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus Anexos”

A KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – ME foi julgada a vencedora do certame, inconformada e a empresa FÊNIX ASSESSORIA & GESTÃO EMPRESARIAL LTDA ingressou com Recurso Administrativo visando reformar a decisão do Pregoeiro que classificou a IMPUGNANTE e desclassificou a RECORRENTE.

4 – DA IMPROCEDENCIA QUANTO AO PEDIDO DE INABILITAÇÃO DA IMPUGNANTE

A RECORRENTE alega no seu recurso Administrativo a violação dos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, aduzindo o seguinte:

“O Pregão Eletrônico nº 01/2019, aqui debatido, tem por objeto a Contratação de empresa especializada para a prestação de Serviços de Apoio Técnico Administrativo, de forma continuada, com dedicação de mão de obra, para realização de serviços essenciais e acessórios para atuação no Museu Paraense Emílio Goeldi – MPEG, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus Anexos.

Conforme preceitua a Instrução Normativa nº 05 de 26 de maio de 2017 e demais atualizações, em seu Anexo VII-A, que é norteadora para o presente certame, em caso de necessidade de esclarecimentos complementares, qualquer interessado poderá requer que sejam realizadas diligências, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993.

Sendo assim, vejamos o que fala o Item 9.6 do Edital: “9.6 AS EMPRESAS, CADASTRADAS OU NÃO NO SICAF DEVERÃO COMPROVAR, AINDA, A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, POR MEIO DE:

“9.6.1 Comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por período não inferior a 03 (três) anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

(...)

9.6.1.5 O licitante disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados, apresentando,

dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços, consoante o disposto no item 10.10 do Anexo VI-A da IN SEGES/MPDG nº 5 de 2017.
(...)

Após análise da documentação apresentada pela empresa hora habilitada, baseada nas exigências editalícias e conforme preceitua a IN SEGES/MPDG nº 5 de 2017, foi possível verificar que, somente o atestado emitido pela empresa C&S Vigilância e Segurança Patrimonial Eireli, atenderia ao item 9.6 do Edital, pois somente este comprovaria os 3 (três) anos de execução de contrato e número de postos.

Posto isto, e após consulta ao CNPJ da empresa C&S Vigilância e Segurança Patrimonial Eireli, CNPJ nº 14.151.000/0001-05, fornecedora do atestado citado, foi constatado que o único sócio desta empresa, é o Sr. Kaio Cesar do Carmo de Loureiro da Silva, o mesmo é também Sócio-Administrador da Empresa KCM Serviços Especializados LTDA.

Determina o artigo 37, caput, da Constituição Federal 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, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Cabe ressaltar que esses princípios não são os únicos apontados pela doutrina administrativista, fixando os publicistas inúmeros deles. Ademais, o próprio texto constitucional faz referência, no inciso XXI e nos §§ 5º e 6º do artigo 37, a outros princípios da Administração Pública (licitação, prescritibilidade dos ilícitos administrativos, responsabilidade civil da Administração) além do célebre princípio da razoabilidade, também denominado de proporcionalidade.

Princípio da Legalidade.

O princípio da legalidade encontra fundamento constitucional no artigo 5º, II, prescrevendo que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esclarece Helly Lopes Meirelles que "a legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso". Em decorrência do princípio da legalidade, é costumeira a afirmação de que a Administração Pública não pode agir contra a lei (contra legem) ou além da lei (praeter legem), só podendo agir nos estritos limites da lei (secundum legem). Neste sentido afirma o professor Kildare Gonçalves, "diferentemente do indivíduo que é livre para agir, podendo fazer tudo o que a lei não proíbe, a administração, somente poderá fazer o que a lei manda ou permite". Essa é a principal diferença do princípio da legalidade para os particulares e para a Administração Pública, pois aqueles podem fazer tudo que a lei não proíba, enquanto esta só pode fazer o que a lei determina ou autoriza. Consoante com a doutrina, o Supremo Tribunal Federal, desde muito, editou duas importantes súmulas corroborados do princípio da legalidade:

Súmula 346 do STF "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos". Súmula 473 do STF "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Ora, o administrador ao tomar ciência de uma possível ilegalidade por parte de um licitante, não pode permanecer inerte sob pena de crime de responsabilidade, pois agindo assim estar conivente com a ilegalidade praticada, ante o fato concreto, dos sócios em comum, e não diligenciando para comprovação da execução do referido contrato.

Princípio da Moralidade.

A moralidade administrativa como princípio segundo Helly Lopes Meirelles, "constitui hoje pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública". Conforme doutrina não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Assim, o administrador, ao agir, deverá decidir não só entre o legal e o ilegal, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. A doutrina enfatiza que a noção de moral administrativa não está vinculada às convicções íntimas do agente público, mas sim a noção de atuação adequada e ética existente no grupo social.

Pode-se pensar na dificuldade que haveria em desfazer um ato produzido conforme a lei, sob o fundamento do vício da imoralidade. No entanto, a lei pode ser cumprida no moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa. Apenas a título de ilustração, imaginemos a hipótese em que um administrador público, com poderes de chefia, para se ver longe de um desafeto, o transfere para um outro Estado, fundamentado no relevante interesse público.

Ninguém afirma a possibilidade de transferência de localidade do servidor público em razão do interesse público, no entanto, embora neste caso o ato seja formalmente válido, será materialmente proibido, pois ofende o princípio da moralidade administrativa.

Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, "A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada a observância de parâmetros ético jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais". (ADI 2.661 MC, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 23/08/02).

A habilitação sem que houvesse diligência nos atestados apresentados pela Recorrida, fere o princípio da legalidade e da moralidade. Compactuar com tal ilegalidade é ferir de morte o princípio da moralidade administrativa, além de passar como um trator em cima do princípio da isonomia.

DA CONCLUSÃO

Tendo em vista tratar-se de atestados oriundos da iniciativa privada, requeremos que sejam realizadas as seguintes diligências:

- a) Cópia dos contratos e respectivas notas fiscais;
- b) cópia do CAGED relativo ao período de contratação dos serviços e do eventual encerramento de cada um dos contratos;
- c) cópia das SEFIP'S e GFIP'S com a relação dos empregados em cada um dos contratos nos meses imediatamente anteriores e posteriores ao de cada uma das contratações efetivadas e que respaldam os atestados apresentados considerados como válidos.

Ante o exposto, requer que seja reformada a decisão recorrida, para que sejam realizadas as diligências, com inserção das informações e/ou comprovações direto no Sistema Comprasnet, para que somente aí, seja tomada a decisão de habilitação ou conseqüentemente, desclassificação da empresa RECORRIDA, e, nos termos da legislação vigente, retornar o certame à fase de aceitação de propostas, trazendo de volta a legalidade ao certame."

Em síntese a RECORRENTE disse que o atestado de capacidade técnica da empresa KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA, foi emitido pela empresa C & S VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PATRIMONIAL EIRELI, portadora do CNPJ nº 14.151.000/0001-05 e que consultando-se o CNPJ da referida empresa de vigilância que emitiu o atestado no site da Receita Federal, disse ainda que seu único sócio e proprietário é o Sr. Kaio Cesar do Carmo Loureiro da Silva que também é sócio-administrador da empresa KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA.

Ocorre que não há, explicitamente, na Lei 8.666/93 ou no Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, previsão de que empresas do mesmo grupo não possam apresentar certificados de capacitação técnica umas para as outras.

Portanto não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que

as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma.

Outrossim, o Tribunal de Contas da União inclina-se no sentido da aceitação dos tais atestados. Por si só, tais documentos não indicariam irregularidade ou fraude à licitação, considerando que espelhem a realidade de que os serviços foram realmente prestados.

De acordo com o art. 30, §§ 1º e 6º, da Lei nº 8.666/93, a comprovação da qualificação técnico-operacional será realizada por meio da apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, registrados na entidade profissional competente, conforme o caso, bem como pela apresentação de declaração com a indicação das instalações, aparelhos e pessoal técnico disponível para executar o objeto da licitação.

A finalidade da apresentação de tais documentos é justamente comprovar a satisfatoriedade da execução de objeto similar ao da licitação. Logo, os atestados apresentados devem se revestir de alguns requisitos de confiabilidade, exprimindo com veracidade informações relevantes que possam subsidiar a Administração a tomar uma decisão segura quando do julgamento da habilitação dos licitantes.

Existindo incertezas em relação ao conteúdo do atestado, em especial sobre a veracidade dos fatos ali declarados e sua compatibilidade com os requisitos do edital, deve a Administração agir com cautela, promovendo as diligências necessárias (com escopo no art. 43, § 3º, da Lei 8.666) a fim de dirimir as dúvidas existentes.

Nesse sentido é que atestados apresentados por empresas que possuem sócios em comum, com grau de parentesco ou que pertençam ao mesmo grupo econômico, de fato, podem despertar dúvidas quanto à sua confiabilidade e lisura, todavia, não podem ser rejeitados de plano pela Administração.

Isso porque não há, a princípio, impedimento legal para que empresas nessas condições (com sócios em comum, com grau de parentesco ou que pertençam ao mesmo grupo econômico) participarem do mesmo processo licitatório ou de emitirem atestados de capacidade técnica uma a outra, na medida em que as pessoas jurídicas, em nosso ordenamento, possuem autonomia jurídica e não se confundem com as pessoas físicas ou jurídicas que a integram e/ou a comandam, sendo cada qual titular de direitos e obrigações de forma independente em relação às demais.

Nessa linha, as seguintes decisões do TCU:

"[ACÓRDÃO]

Considerando tratar-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Evermobile Ltda., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, acerca de supostas irregularidades na condução do pregão Eletrônico nº 158/7855-2009, promovido pela Caixa Econômica Federal, para contratação de empresa especializada para fornecimento de solução integrada de processamento de cartões de crédito

(...)

Considerando que a unidade técnica, em instruções uniformes (fls. 140/143), refutou todas as irregularidades denunciadas pela representante.

(...)

Considerando que, em relação à alegação de que o atestado de capacidade técnica não poderia ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico, tendo sido observado que não havia vedação na Lei de Licitações nem no edital do pregão e que controlada e controladora conservam personalidade e patrimônio distintos. (...)

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II e 43, inciso I, da Lei nº 8.433, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 17, inciso IV; 143, inciso III; 237, inciso VII, do Regimento Interno / TCU, nos termos dos pareceres exarados nos autos, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente (...)"[1] (grifou-se)

"[RELATÓRIO]

31. Sobre os motivos pelos quais considerou insuficiente o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa Connectcom Teleinformática Comércio e Serviços Ltda., a afirmação da Alive de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma."[2] (grifou-se)

(...)

"Não há vedação legal à participação, em uma mesma licitação, de empresas cujos sócios tenham relações de parentesco entre si. Contudo, essas relações podem e devem ser levadas em conta sempre que houver indícios consistentes de conluio.

Pedido de Reexame interposto por empresa requereu a reforma do Acórdão 2.425/2012 - Plenário, proferido em sede de Denúncia, que declarara a inidoneidade da recorrente para licitar e contratar com a Administração Pública Federal por três anos. A sanção fora aplicada em razão de diversos indícios de conluio entre essa empresa e outra licitante no curso de pregão eletrônico, entre eles a existência de relação de parentesco entre os seus sócios. Nesse ponto, alegou a recorrente que ela e a outra empresa 'possuíam personalidades jurídicas distintas, com composição societária diversa, sendo a única relação entre elas [a] de parentesco entre os sócios de uma e de outra, não havendo vedação legal nisto'. O Relator destacou que a avaliação global dos fatos denunciados e das informações trazidas pela unidade instrutiva, concernentes à participação conjunta dessas mesmas empresas em outros certames, contribuiu decisivamente para confirmar o conluio entre elas. Em seguida, descreveu o procedimento fraudulento no qual as empresas valeram-se do benefício legal concedido pela Lei do Simples Nacional no intuito de proteger a recorrente (entidade de grande porte) da concorrência dos micro e pequenos empresários: 'De acordo com os artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, denominada Lei do Simples Nacional, é considerado empate sempre que a empresa de maior porte apresentar a melhor proposta em pregões federais e houver Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP) no intervalo de 5% acima do menor valor. Ocorrendo essa hipótese, o micro ou o pequeno empresário mais bem classificado está autorizado a apresentar proposta de preço inferior à primeira colocada, ainda que por um centavo, para sagrar-se vencedor do certame'. Dessa forma, a microempresa envolvida no esquema ofertava, quase que simultaneamente com a recorrente, preço ligeiramente superior ao desta. Quando a recorrente detinha o menor preço e, no intervalo de 5%, havia mais de uma ME e EPP, sendo a proposta da referida microempresa a mais baixa dentre elas, esta cobria a oferta da recorrente e sagrava-se vencedora do item licitado, impedindo que as outras beneficiárias do Simples pudessem suplantar a proposta da recorrente. Nos casos em que só a microempresa do esquema encontrava-se dentro do intervalo de 5%, ela não se manifestava e a recorrente era declarada vencedora do item, ainda que aquela pudesse vencer o certame por diferença irrisória, 'evidenciando inexistência de competição real entre as duas empresas do grupo familiar'. Por fim, o relator ressaltou que 'não existe vedação legal à participação, em uma mesma licitação, de empresas com sócios com relação de parentesco. Entretanto, essas relações podem e devem ser levadas em conta sempre que houver indícios consistentes de conluio, como é o caso destes autos'. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, manteve a sanção imposta à empresa. Acórdão 1448/2013-Plenário, TC 013.658/2009-4, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 12.6.2013."[3]

O Tribunal de Contas da União se posiciona no sentido de que não há impedimento legal pois trata-se de empresas com personalidade jurídica distinta, por meio do qual adquirem direitos e obrigações individualizadas.

"Resumo:

"Sobre os motivos pelos quais considerou insuficiente o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa xxxxxx., a afirmação da empresa YYYYY sobre a inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma."(Fonte: TC 007.497/2012-1)

O Tribunal de Contas da União por diversas vezes já se pronunciou sobre tema a favor da validade de atestados emitidas por empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, notadamente diante da ausência de vedação em lei e no Edital, conforme julgado abaixo transcrito: "Acórdão nº 451/2010 - TCU - Plenário "Considerando tratar-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Evermobile

Ltda., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, acerca de supostas irregularidades na condução do pregão Eletrônico nº 158/7855-2009, promovido pela Caixa Econômica Federal, para contratação de empresa especializada para fornecimento de solução integrada de processamento de cartões de crédito (...) Considerando que, em relação à alegação de que o atestado de capacidade técnica não poderia ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico, tendo sido observado que não havia vedação na Lei de Licitações nem no edital do pregão e que controlada e controladora conservam personalidade e patrimônio distintos. (...) Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II e 43, inciso I, da Lei nº 8.433, de 16 de julho de 1992, c/c os arts.17, inciso IV; 143, inciso III; 237, inciso VII, do Regimento Interno / TCU, nos termos dos pareceres exarados nos autos, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente (...).”

22. Sobre os motivos pelos quais considerou insuficiente o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa Acciona, a afirmação da recorrente de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Isso porque não há vedação na Lei nº 12.462/11 e tampouco no edital em epígrafe, que impede a aceitabilidade dos atestados apresentados. Além disso, o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades controladora e controlada conservam a personalidade e patrimônios distintos. Consequentemente, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Logo, mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

23. Em sede de análise de representação, com pedido de medida cautelar, interposta pela empresa Connectcom Teleinformática Comércio e Serviços Ltda. no Tribunal de Contas da União, na qual alega irregularidades no Pregão Eletrônico por Registro de Preço 02/2012, a Corte de Contas manifestou entendimento nesse mesmo sentido, in verbis:

A afirmação da Alive de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma (TCU Ata nº 33/2012 – Plenário. Data da Sessão: 22/8/2012 – 33/2012 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2241-33/12-P).

24. Em percuciente análise das questões suscitadas, constata-se que a utilização de atestado de capacidade técnica emitido por empresa do mesmo grupo econômico não justifica a desclassificação da recorrida, tendo em vista que não há vedação no edital de licitação e tampouco na lei, a qual rege o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Portanto, o fato de a ACCIONA pertencer a um grupo de empresas especializadas na área da construção de obras de infraestrutura não a desabona para participar do presente certame licitatório.”

É fato que durante o julgamento da proposta da empresa KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – ME, os documentos de habilitação que foram inseridos no sistema Compras Governamentais, é suficiente para confirmar que a licitante cumpriu integralmente com as especificações de Instrumento Convocatório e legislação referida.

Analisando os atos praticados, certamente se pode afirmar que não houve qualquer violação aos princípios basilares da licitação.

Cabe ressaltar ainda, que a licitação não é um fim em si mesmo, isto porque o procedimento licitatório, embora de natureza formal, deve superar o burocratismo exacerbado e inútil, pois não se pode esquecer que a finalidade da licitação é receber a proposta mais vantajosa, e não a mais correta formalmente. Em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666/93), a regra é que os licitantes apresentem documentação capaz de refletir, desde logo, o atendimento das condições estabelecidas pela Administração no edital. No entanto, tendo como finalidade privilegiar a competição mediante a manutenção na disputa de licitantes que tenham entregue documentação omissa/incompleta, a Lei de Licitações legitima a realização de diligências.

Já dizia o ilustre doutrinador HELY LOPES MEIRELLES: in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 20ª Ed., p. 248: "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 e 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."

Para ilustrar o ora exposto, vale observar a decisão do Tribunal de Contas da União do Processo nº 008.416/97-4, publicado no D.O. nº 116-E, de 21.06.99, p. 72/80: "[...] O Tribunal se manifestou no sentido de que NÃO SE PODE PERDER DE VISTA OS ENSINAMENTOS DO PROF. ADILSON DALLARI, QUE ENSINA QUE A "LICITAÇÃO É PROCEDIMENTO E NÃO UM ATIVIDADE LÚDICA; NÃO SE TRATA DE CONCURSO DE DESTREZA PARA ESCOLHER O MELHOR CUMPRIDOR DO EDITAL" (Licitação – Competência para classificar propostas, adjudicar, homologar e anular, BLC nº 6/94, p. 245). À luz deste entendimento, O TRIBUNAL RATIFICOU QUE NEM SEMPRE O FORMALISMO DEVE SER SEGUIDO À RISCA PELOS JULGADORES. [...] NÃO BASTA COMPROVAR A EXISTÊNCIA DO DEFEITO. É IMPERIOSO VERIFICAR SE A GRAVIDADE DO VÍCIO É SUFICIENTEMENTE SÉRIA, ESPECIALMENTE EM FACE DA DIMENSÃO DO INTERESSE PÚBLICO. ADMITE-SE, AFINAL, A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE QUE O RIGOR EXTREMO NA INTERPRETAÇÃO DA LEI E DO EDITAL PODE CONDUZIR À EXTREMA INJUSTIÇA OU AO COMPROMETIMENTO DA SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO... O FORMALISMO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NÃO SIGNIFICA QUE SE POSSA DESCLASSIFICAR PROPOSTAS EIVADAS DE SIMPLES OMISSÕES OU DEFEITOS IRRELEVANTES."

A Lei 8.666/93, em seu art. 43, § 3º, possibilita a realização de diligências destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, porém com a vedação expressa quanto à inclusão de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, o que não é o caso

Assim, não merece acolhida o pedido da RECORRENTE quanto a inabilitação da IMPUGNANTE.

Assim, sem razão a RECORRENTE e correto o julgamento do Pregoeiro que deu pela CLASSIFICAÇÃO E HABILITAÇÃO da IMPUGNANTE.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, expressamente dispõe que o processo de licitação pública somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desta forma, e como a Lei de Licitações o faz, é permitido que a Administração Pública exija a demonstração da boa condição financeira e técnica daqueles que desejam com ela contratar, sempre que isso for indispensável.

Por isso é que a Lei 8.666, de 1993 previu alguns mecanismos para a Administração aferir a idoneidade dos licitantes, mas consignou que tais requisitos poderiam ser dispensados, na linha da previsão constitucional. Na verdade, tais requisitos devem ser dispensados sempre que não forem indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por esse motivo, a regra geral é não se exigir dos licitantes maiores demonstrações, e isso grassa na maior parte dos processos licitatórios, como o quer a Constituição Federal.

A IMPUGNANTE entende dada por cumprida todas disposições editalícias, a proposta apresentada atende as disposições do instrumento convocatório todos os documentos apresentados são autênticos e dentro dos seus respectivos prazos de validade. Daí desclassificar a proposta da IMPUGNANTE e/ou INABILITÁ-LA, configurará em um ato autoritário e desnecessário.

O doutor Celso Antônio Bandeira de Melo, in Elementos de Direito Administrativo, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, assevera;

"Vale a pena, mencionar alguns vícios insidiosos pelos quais sorrateiramente pode ser burlada a necessária isonomia no procedimento licitatório, pôr ocasião da habilitação.

a) Exigência de documentação excessiva, vale dizer, de comprovantes atinentes aos aspectos econômicos, técnicos ou de capacidade jurídica, desnecessários para demonstração deles. De um modo geral isto ocorre quando a entidade licitadora requer outros documentos além dos previstos em lei como necessário"

Celso Antônio Bandeira de Melo, na citada obra, sobre o necessário respeito as normas editalícias, lembra:

"O Edital regula, ainda os atos e termos do procedimento licitatório. Abaixo da legislação e dentro das balizas nela fixadas, cabe-lhe disciplinar a sequência e as formalidades dos atos próprios de uma licitação. Assim o tempo para a prática de cada qual, as solenidades que os cercarão, os direitos e deveres exercitáveis, durante seu transcurso pelos proponentes e pelos órgãos administrativos que a conduzem, constam do instrumento de abertura e tem que ser estritamente respeitados."

Assim sendo, seja diante dos termos do próprio Edital Convocatório, ou dos princípios da legalidade, a IMPUGNANTE requer seja julgado como TOTALMENTE IMPROCEDENTE o recurso da empresa, em razão de haver cumprido as exigências estabelecidas no Edital, o que espera seja declarado por Vossa Senhoria, como medida melhor de direito.

Inexiste erro na proposta da IMPUGNANTE, e tampouco o preço pode ser considerado como superfaturado ou mesmo inexequível, reflete tão somente o valor de marcado. Tanto é verdade que a RECORRENTE nada falou em seu discurso de inconformismo e silenciaram porque inexistia qualquer fundamento para justificar a desclassificação da proposta da IMPUGNANTE.

Sobre a habilitação deve o Promotor da Licitação, fazê-lo de modo fundamentado, observando todos os princípios basilares da licitação, não sendo formalista e tampouco subjetivo. Vale observar os seguintes ensinamentos dos doutrinadores de escola, atuantes no Direito

Administrativo, vejamos:

"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. (Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª Ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 1999, pag. 247.)

"Em suma, se a desconformidade de uma proposta com o instrumento convocatório for por questão formal, de pequena importância e superável por outras formas de avaliação, parece-nos que seria de rigor extremado privar a administração de uma proposta que melhor satisfaça seus interesses. (Doria Maria de Oliveira Ramos, in "Desclassificação. Falhas de pequena proporção" in Maria Sílvia Zanella di Pietro, *Temas Polêmicos*)

Toda atividade administrativa está submetida ao princípio da proporcionalidade (reconduzível ao princípio da razoabilidade). Logo, também, a matéria de licitações é presidida por ele.

O princípio da proporcionalidade pressupõe reconhecer a natureza teleológica da disciplina jurídica. Toda disciplina imposta pelo Direito tem cunho instrumental, na acepção de que visa à realização de certos valores.

Em primeiro lugar, a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. (...) Nessa linha, a proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, de modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo ordenamento jurídico. O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores. Essa ponderação se desenvolve tanto no plano teórico como em face da circunstância concreta. Retrata-se em atividade valorativa, onde o sujeito examina o caso concreto e avalia quais os valores a realizar e em que medida. (...) A tentativa do aplicador do Direito será de compatibilizar os valores, de moldes a permitir que todos sejam realizados e satisfeitos. (...) É desproporcionada a solução que, a pretexto de realizar determinado valor, produz o sacrifício de outro, cuja relevância seja equivalente.

A proporcionalidade significa, em segundo lugar, que a aplicação da regra jurídica concreta deve ser norteada pelo resultado que se busca atingir. Interpreta-se e aplica-se cada regra jurídica em função do resultado a ser produzido. Não se admite interpretação que desnature a regra, tornando-a via de sacrifício dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico.(....)

Em matéria de licitações, o princípio da proporcionalidade se traduz, antes de tudo, na necessidade de equilíbrio entre a busca de dois fins igualmente relevantes. A realização do princípio da isonomia deve dar-se simultânea e conjuntamente com a seleção da proposta mais vantajosa. Não é possível privilegiar um desses dois fins como absoluto entre si.

A pretexto de dar tratamento equivalente a todos os integrantes da comunidade, não é possível sacrificar a seleção de proposta mais vantajosa. A recíproca também é verdadeira..."

Do ponto de vista formal, deve-se verificar se a proposta atendeu ao modelo devido. Ou seja, examina-se se contém aquilo que é obrigatório e se omitiu aquilo que é proibido, adotando a forma adequada. O exame formal deve ser formulado à luz do princípio fundamental de que a forma não é um fim em si mesmo. Mas isso não autoriza ignorar a ofensa a requisitos formais relevantes previstos no ato convocatório.

A decisão acerca da relevância do vício deverá ser solucionada segundo a natureza do interesse tutelado pela exigência. Quando se tratar de ofensa a interesse público, haverá a desclassificação das propostas defeituosas. Se for tutelado os interesses dos competidores, o vício somente poderá ser pronunciado diante de provocação dos interessados. No seu silêncio, o defeito será considerado sanado. Além disso, pode existir defeitos que não afetam minimamente interesse algum, caracterizando mera irregularidade. Se, na oportunidade da edição do ato convocatório, a Administração reputou relevante certa exigência, não pode voltar atrás posteriormente. Não se admite que, na ocasião do julgamento, seja alterada a natureza da exigência (e, portanto, do vício). Não se pode ignorar uma exigência que fora veiculada como referida ao interesse público. Assim, se o ato convocatório exige planilhas, informações complexas, demonstrativos etc., sua ausência é causa de desclassificação. Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que reputar-se relevante e fundamentada a exigência - mormente se inexistiu tempestiva impugnação pelos licitantes. Era do conhecimento de todos que a exigência deveria ser cumprida. Quem não o fez, deverá arcar com as consequências da sua omissão. No entanto, é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é comum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza-se a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. Certamente, não haveria conflito se o ato convocatório reservasse a sanção de nulidade apenas para as desconformidades efetivamente relevantes. Mas nem sempre é assim. Quando o defeito é irrelevante, tem de interpretar-se a regra do edital com atenuação.

Suponha-se que o edital exige que as páginas das propostas contenham numeração, em algarismos arábicos, grafada no pé da página, do lado direito. Seria descabido desclassificar a proposta que contivesse numeração em algarismos romanos ou em que a numeração estivesse digitada no alto da página. O defeito irrelevante não pode acarretar a desclassificação., superando-se o rigor extremado do edital para assegurar a realização efetiva do interesse público. (Marçal Justem Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 5ª ed., São Paulo, Ed. Dialética, 1998, pag. 229)

"Nesse sentido Odete Medauar inclui, dentre os princípios que informam o processo administrativo, gênero do qual a licitação é espécie, o princípio do formalismo moderado, que "visa impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação". Ainda segundo a autora, "a exemplo de formalismo exacerbado destoante desse princípio, encontra-se no processo licitatório, ao se inabilitar ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos com diligências; assim agindo, deixa-se em segundo plano a verdadeira finalidade do processo, que é o confronto do maior número possível de propostas para aumentar, em decorrência, a possibilidade de celebrar contrato adequado ao interesse público. (Maria Luíza Machado Granziera, "Julgamento, Homologação e Adjucação", São Paulo, Editora NDJ, 1998, pag. 113)

"Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo". (Carlos Maximiliano, in "Hermenêutica a Aplicação do Direito", Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1993, pag. 180)

Outra não é a posição assente na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ, bem como nos Tribunais Regionais Federais, veja-se:

"A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitante. Quanto mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater os concorrentes" (STJ, MS nº 5.623, DJ de 18.2.98, p.2. g.n.)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. As regras do edital de licitação devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado encontrar entre as propostas a mais vantajosa (...) Segurança concedida" (STJ, MS nº5.606-DF, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 10.9.98).

133038366 – ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA – EXCESSO DE FORMALISMO – ILEGALIDADE – 1. Tendo a impetrante apresentado à Comissão de Licitação os documentos essenciais que comprovaram o quanto requerido na Lei, e no próprio edital, demonstrando a sua capacidade técnica, bem assim a sua inscrição perante o órgão competente, andou mal a Comissão ao inabilitá-la ao fundamento de que a certidão foi expedida pelo representante do órgão e não em nome do próprio órgão. 2. A jurisprudência tem desprezado rigorismos formais exacerbados no julgamento de processos licitatórios. 3. Remessa oficial não provida. (TRF 1ª R. – REO 01000912418 – AC – 3ª T.Supl. – Rel. Juiz Conv. Carlos Alberto Simões de Tomaz – DJU 21.11.2002 – p. 82)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. FORMALISMO. EXCESSO. Deve ser desconsiderado o excesso de formalismo que venha a prejudicar o interesse público. Não é razoável a desclassificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública na hipótese de meros equívocos formais. A ausência de juntada da cópia da Convenção Coletiva do Trabalho e a "suposta" falta de especificação da reserva técnica incidente sobre os insumos nenhum prejuízo trouxe ao Certame e à Administração. (TRF 4ª R. - MAS - Apelação em Mandado de Segurança - PR - 3ª T. - Rel. Juiz Eduardo Tonetto Picarelli - DJ 03/04/2002 - p. 509)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS. FORMALISMO. EXCESSO. 1. É legítima para figurar no pólo passivo da demanda a Comissão de Licitações da Tomada de Preços nº 1265/95-9 do DNER, uma vez que a ela compete qualquer atividade direcionada à seleção das propostas ou dos licitantes em um procedimento licitatório. 2. Merece aceitação por parte da Comissão de Licitações Certidão Positiva de Regularidade Fiscal para com a Fazenda Municipal do lugar de realização do certame, in casu, Curitiba/PR, já que o débito encontra-se com a exigibilidade suspensa, possuindo efeitos de certidão negativa. 3. A forma de apresentação das propostas exigida no edital não deve ser encarada com excesso de formalismo por parte da Comissão de Licitações do DNER a ponto de excluir do certame empresa que possa oferecer condições mais vantajosas na execução do objeto licitado. 4. Remessa oficial improvida. (TRF 4ª R. - MAS - REO - Remessa Ex-Ofício - 9973 - PR - 4ª T. - Rel. Juiz Hermes S Da Conceição Jr - DJ 19/04/2000 - p. 101)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EXCESSO DE FORMALISMO E ILEGALIDADE DE ATO REVOCATÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. Há excesso de formalismo por parte da Administração, pois as certidões apresentadas pela licitante, na fase de habilitação, são evidentemente suficientes para comprovar a capacitação técnica dos seus engenheiros e de sua empresa, na forma exigida pelo edital. A motivação do ato que revogou a presente licitação mostrou-se absolutamente insuficiente, consubstanciando vício insanável sujeito ao controle judicial, devido à sua evidente ilegalidade. - Agravo Regimental a que se nega provimento. (TRF 2ª R. - MAS - AGA - Agravo Regimental No Agravo De Instrumento - 52780 - RJ - 1ª T. - Rel. Juiz Ricardo Regueira - DJ 28/09/2000 - p. 101)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. EXCESSO DE FORMALISMO. ILEGALIDADE. 1. Tendo a impetrante apresentado à Comissão de Licitação os documentos essenciais que comprovaram o quanto requerido na Lei, e no próprio edital, demonstrando a sua capacidade técnica, bem assim a sua inscrição perante o órgão competente, andou mal a Comissão ao inabilitá-la ao fundamento de que a certidão foi expedida pelo representante do órgão e não em nome do próprio órgão. 2. A jurisprudência tem desprezado rigorismos formais exacerbados no julgamento de processos licitatórios. 3. Remessa oficial não provida. (TRF 1ª R. - REO - Remessa Ex-Ofício - 01000912418 - RJ - 3ª T. - Rel. Juiz Carlos Alberto Simões De Tomaz - DJ 21/11/2002 - p. 82)

Neste contexto, é de se afirmar que inexistente motivo que possa fundamentar a desclassificação ou mesmo a INABILITAÇÃO da IMPUGNANTE, e por outro lado a eventual procedência aos pleitos da RECORRENTE será excessivamente rigorosa e inconstante com o caráter competitivo da licitação.

Resta, pois, evidente que o pedido da RECORRENTE para inabilitar a IMPUGNANTE funda-se em um formalismo exacerbado, estando, destarte, totalmente desconforme com os princípios básicos da Administração Pública e do próprio procedimento licitatório.

Nesse sentido e em certa medida a jurisprudência nacional:

AGRAVO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE NEGOU CURSO A AGRAVO DE INSTRUMENTO POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - SUSPENSÃO DE DECLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA E DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - LICITAÇÃO TIPO MELHOR PREÇO GLOBAL. - O fato de a proposta considerada vencedora ter vulnerado o edital relativamente ao preço unitário de um item, sendo, por isso, com base em cláusula do certame, dada oportunidade de correção, visto ser plausível ter acontecido mero erro de digitação, resultando vantagem ainda maior ao licitante, em princípio não caracteriza ensejo de proposta nova, tampouco violação ao princípio da isonomia face às demais participantes. Importa é a preservação da proposta mais vantajosa em termos de melhor preço global. Precedente do 1º Grupo Cível. Ademais, condutas e decisões equivocadas do Administrador Público não vinculam o Judiciário. (TJ-RS - AGRAVO nº 70033773144- Des. Irineu Mariani).

A se amoldar ao caso, a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 70021519509, da Primeira Câmara Cível, relator o Em. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick - TJ-RS :

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MENOR PREÇO GLOBAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA AGRAVANTE QUE APRESENTOU PROPOSTA COM MENOR PREÇO, POR APRESENTAR ALGUNS ITENS DE MATERIAIS EM VALORES INDIVIDUAIS ACIMA DOS VALORES COTADOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. FUMAÇA DO BOM DIREITO NA ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO EDITAL. FORMALIDADE EXCESSIVA. COTAÇÕES DE ITENS EM VALORES APARENTEMENTE DISSOCIADOS DA REALIDADE DE MERCADO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO DO RECURSO.

Cabível a concessão de liminar para o fim de suspender a execução do contrato administrativo referente à licitação, sob modalidade Concorrência Pública, para contratação de obras e serviços de reforma da Rede Elétrica do Hospital Materno Infantil Presidente Vargas, em razão de aparente ilegalidade na desclassificação da proposta da agravante. Uma vez que o certame adotou, como critério de julgamento o menor preço global, não poderia, em princípio, desclassificar a proposta da agravante, em razão de que alguns itens continham valor individual acima dos valores cotados no Edital, máxime quando tal cotação parece estar dissociada dos valores de mercado. Presença dos requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora, a justificar a suspensão da execução do contrato firmado com a concorrente da agravante, litisconsorte passiva necessária no "mandamus" impetrado na instância originária. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO."

No julgamento da proposta se impõe observar o Princípio do JULGAMENTO OBJETIVO, que almeja impedir que a licitação seja decidida sob influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. O professor Hely Lopes Meireles, afirma:

"Julgamento objetivo, é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que o seu julgamento se apoie em fatos concretos pedidos pela Administração em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido pelo edital.

O princípio do julgamento objetivo afasta o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração."

Reformar a decisão e julgar como DESCLASSIFICADA ou mesmo INABILITADA a IMPUGNANTE, diante do presente processo licitatório, seguramente se constitui na violação ao princípio da legalidade, muito bem esculpido no art. 4º da lei nº 8.666/93, que estabelece, *ipsis literis*:

"Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública." (grifo nosso)

Segundo o Doutor SERGIO VAZ, na sua primorosa obra "Nova Lei das Licitações, Princípios, Fraudes e Corrupção na Administração", Ed. Datajuris, Pág. 41, em aprofundado estudo sobre o art. 4º da Lei nº 8.666/93, assevera:

"Este artigo, de maneira expressa cultiva o princípio do procedimento formal, garantindo a todos os licitantes o direito público subjetivo, de serem cumpridos os procedimentos legais estatuídos.

Assim, todos os licitantes, de maneira subjetiva, e, in abstracto, tem a garantia da fiel observância dos procedimentos estabelecidos para a realização dos processos licitatórios.

Este princípio pode ser tido como consectário do princípio da legalidade, pois o processo licitatório deverá seguir a forma prevista em Lei."

Assim o Doutor ANTONIO MARCELLO DA SILVA, in "O princípio e os Princípios da Licitação, Ed. Revista dos Tribunais, 532/29, ensina:

"A licitação é, portanto, procedimento e como tal, não pode afastar-se da forma preestabelecida, seja em lei, decreto, regulamento, portaria, caderno de encargos ou no próprio instrumento convocatório. As normas procedimentais constituem garantia para os licitantes e para a própria administração, por assegurarem a normalidade do procedimento, através da fixação da forma de determinados atos, do momento para a sua prática e de suas condições de validade."

O princípio da legalidade está intimamente ligado à idéia de Lei, pois, os mandamentos legais é que autorizam ou desautorizam a prática e aplicação dos atos administrativos. Legalidade também tem a ver com as exigências do bem comum.

Segundo o Dr. Sergio Vaz, in "Nova Lei das Licitações, Princípios, Fraudes e Corrupção na Administração", Ed. Datajuris, pág.20/21, "Qualquer ato administrativo que não se subordinar às exigências da Lei será inválido e terá sua eficácia comprometida, acarretando ao responsável pela ilegalidade as sanções criminais, disciplinares e civis, dependendo de cada caso e do teor da gravidade.

Assevera o mestre Hely Lopes Meirelles, in "Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, pág. 83".

"Na administração pública não há liberdade e nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a Lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a Lei autoriza. A Lei para o público significa "pode fazer assim", para o administrador público significa "deve fazer assim".

O princípio da legalidade sempre existiu, sendo sustentado pela doutrina e pela jurisprudência, mas, agora, surgiu de maneira efetiva a constante da própria Constituição que é a Lei Maior do país, à qual se subordinam não só as demais Leis, como também todas as pessoas e principalmente a administração pública.

O administrador público ao tomar as suas atitudes e, ao praticar quaisquer atos administrativos, deverá fazê-lo, não em confronto com as Leis, mas, exclusivamente nos exatos termos da autorização legal, pois, a Lei, para o administrador público, apresenta os exatos contornos da margem de administrar, explicitando o que poderá ser feito e o que é proibido fazer, restringindo o círculo do "dever fazer", em detrimento do "poder fazer".

Informa nesse sentido, o jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, in "Elementos do Direito Administrativo", pág. 26.

"A Lei ou mais precisamente o sistema legal é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa. A expressão legalidade, deve pois ser entendida como "conformidade ao direito", adquirindo um sentido mais extenso"

Assim a atividade administrativa, trabalhando para o bem comum e para o interesse público que é indisponível está subordinada à Lei, devendo cega obediência a estas.

A Constituição Federal no inciso II do artigo 5º estatui:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei."

Desta afirmação constitucional, considerando-se que, na administração pública não há nem a liberdade e nem a vontade pessoal, surgirá automaticamente o complemento: O administrador público somente deverá fazer ou deixar de fazer alguma coisa, quando houver previsão legal.

Estará assim, subordinado à Lei, não lhe sendo permitido fazer opções somente porque não há proibição legal.

O princípio da legalidade não se coaduna com o autoritarismo e nem com o absolutismo."

Ante o todo esposado, e ainda em face do que já foi antecipadamente observado pelo douto Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, entende que restou cabalmente demonstrado que a IMPUGNANTE haverá de ser mantida como CLASSIFICADA e HABILITADA, face haver cumprido o disposto no Edital e demais legislações aplicáveis.

Assim sendo, seja diante dos termos do próprio Edital Convocatório, ou dos princípios da vinculação ao Edital e da legalidade, a empresa IMPUGNANTE requer seja INDEFERIDO INTEGRALMENTE o RECURSO ADMINISTRATIVO da firma RECORRENTE, o que espera seja declarado por Vossa Senhoria, como medida melhor de direito.

5 - DO PEDIDO

Requer a Vossa Senhoria que conheça da presente Peça de CONTRA-RAZÕES, julgando o Recurso Administrativo da FÊNIX ASSESSORIA & GESTÃO EMPRESARIAL LTDA, INTEGRALMENTE IMPROCEDENTE mantendo totalmente a decisão ora recorrida, para dando continuidade ao certame, como entender de direito, tudo conforme as razões fartamente apresentadas, vez que não há desconformidade com o Instrumento Convocatório e legislação em vigor consoante a documentação de Habilitação apresentada pela IMPUGNANTE. Ressalte-se o caso em que se a decisão não for reconsiderada pelo Pregoeiro, pelo que se espera, então, dirigir o recurso devidamente instruído à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, no caso, a Pregoeira.

N. Termos,

Pede Deferimento.

Belém-Pa, 22 de março de 2019

KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA - ME

Antônio José Pereira Carneiro Muniz

Sócio - Empresário

Fechar

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

CONTRA RAZÃO :

ILM^o(a). SR^o(a). PREGOEIRO(A) DO MUSEU PARAENSE EMÍLIO GOELDI - MPEG.

KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA - ME, pessoa jurídica de direito privado, portadora do CNPJ nº 83.569.459/0001-38, com sede na Al. Moreira da Costa, nº 25, Bairro São Braz, CEP: 66093-710-88, já qualificada no processo licitatório, na modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2019, Processo Administrativo nº 01205.000307/2018-12, em razão do RECURSO ADMINISTRATIVO interposto pela empresa T. B. FIGUEIREDO NUNES SERVIÇOS GERAIS, através de seu representante legal assinado ao final, perante o Pregoeiro, vem tempestivamente apresentar CONTRA-RAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO, o que o faz com base no artigo 26 do Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, e ainda de modo subsidiário, os termos da Lei nº 8.666/93 de 21.06.93, que regulamentou o artigo 37 do inciso XXI, da Constituição Federal, caso em que se a decisão não for reconsiderada pelo Pregoeiro, então, dirigir o recurso devidamente instruído à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, no caso, a Pregoeira, com as razões que seguem em anexo, após observando as necessárias formalidades legais.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Belém-PA; 22 de março de 2019

KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – ME
Antônio José Pereira Carneiro Muniz
Sócio - Empresário

RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO

LICITAÇÃO: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2019, PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 01205.000307/2018-12 - MUSEU PARAENSE EMÍLIO GOELDI - MPEG

RECORRENTE: T. B. FIGUEIREDO NUNES SERVIÇOS GERAIS
RECORRIDA/IMPUGNANTE: KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA - ME

1 - DO PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DAS CONTRA-RAZÕES DO RECURSO.

O artigo 26 do Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, determina o PRAZO para os Recursos, Razões do Recurso e Contra-Razões, do seguinte modo:

“Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.”

2 - DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DAS RAZÕES E CONTRA-RAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO

Aplicada de forma subsidiária, a Lei nº 8.666/83, no seu artigo 110, dispõe que na contagem do prazo para os atos em procedimento licitatório, só se iniciam e vencem os prazos em dia de expediente no órgão ou na entidade, e que excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, do seguinte modo:

“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.”

3 - DOS FATOS

A presente licitação tem como OBJETO a “contratação de empresa especializada para a prestação de Serviços de Apoio Técnico Administrativo, de forma continuada, com dedicação de mão de obra, para realização de serviços essenciais e acessórios para atuação no Museu Paraense Emílio Goeldi- MPEG, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus Anexos”

A KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA – ME foi julgada a vencedora do certame, inconformada e a empresa T. B. FIGUEIREDO NUNES SERVIÇOS GERAIS ingressou com Recurso Administrativo visando reformar a decisão do Pregoeiro que classificou a IMPUGNANTE e desclassificou a RECORRENTE.

4 – DA IMPROCEDENCIA QUANTO AO PEDIDO DE INABILITAÇÃO DA IMPUGNANTE

A RECORRENTE alega que dentre os motivos do recurso perceber-se-á, claramente, a violação dos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, pois as exigências contidas nos editais de licitação no que diz respeito à habilitação da empresa KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA, CNPJ/CPF: 83.569.459/0001-38, em vista que a IMPUGNANTE não cumpriu o subitem 8.6.1 do Edital, uma vez que não apresentou atestados que comprovam a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto deste certame licitatório, o que fere diretamente o próprio objeto da licitação ante o erro apontado praticado pela empresa ao edital.

A RECORRENTE aduziu:

“02 – DOS MOTIVOS DO RECURSO:

DA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, ISONOMIA, RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DESCUMPRIMENTO DE REQUISITOS DO EDITAL.

O princípio da isonomia tem fundamento no art. 5º da Constituição Federal e está preceituado no art.3º da Lei nº 8.666/93 como segue:

“Art.3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Inicialmente, dentre os motivos do recurso perceber-se-á, claramente, a violação dos referidos princípios, pois as exigências contidas nos

editais de licitação no que diz respeito à habilitação da empresa KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA, CNPJ/CPF: 83.569.459/0001-38, em vista que esta não cumpriu o subitem 9.6.1 do Edital, uma vez que não apresentou atestados que comprovam a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto deste certame licitatório, o que fere diretamente o próprio objeto da licitação ante o erro apontado praticado pela empresa ao edital.

Assim dispõe textualmente o subitem 9.6.1:

"9.6.1 Comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado."

Nossa jurisprudência já firmou entendimento no sentido da desclassificação de empresa que deixa de cumprir requisitos do edital, como no julgado abaixo:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE ITEM DO EDITAL. CERTAMISTA QUE ALEGA ENTENDÊ-LO DESNECESSÁRIO. INABILITAÇÃO. LIMINAR INDEFERIDA NO 1º GRAU. MANUTENÇÃO.(Agravo de instrumento nº 70076500677. Primeira Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul. Relator: Irineu Mariani. Julgado em 23/05/2018)

FALTA DE IDONEIDADE E ISENÇÃO DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA EMPRESA HABILITADA

Além da questão supracitada, deste órgão julgador deve ainda observar a falta de idoneidade e isenção de outra questão relevante, atinente a emissão do atestado de capacidade técnica ofertado no certame pela empresa KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA, CNPJ/CPF: 83.569.459/0001-38, que fora emitido para supostamente comprovar a execução de atividades compatíveis com as características do objeto da licitação.

O atestado de capacidade técnica da empresa KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA, foi emitido pela empresa C & S VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PATRIMONIAL EIRELI, portadora do CNPJ nº 14.151.000/0001-05.

Consultando-se o CNPJ da referida empresa de vigilância que emitiu o atestado no site da Receita Federal, se pode atestar QUE SEU ÚNICO SÓCIO E PROPRIETÁRIO É O SR. KAIO CESAR DO CARMO LOUREIRO DA SILVA QUE TAMBÉM É SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA, conforme esta comissão pode comprovar em consulta ao site da Receita Federal.

É possível pelas consultas no site da Receita Federal, atestar que há um claro interesse do emissor do atestado de capacidade técnica em que a empresa licitante (da qual também é sócio administrador - KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA) se favoreça e vença a concorrência, viciando e nulificando o resultado da licitação em claro conflito de interesse e em prejuízo à Administração Pública.

A Lei Federal nº 12.813/2013, define conflito de interesse, como "a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública". Esse confronto entre os interesses públicos e privados ocorre quando há prejuízo ao interesse coletivo ou para a função pública, ressaltando que é necessário que se configure o prejuízo ao patrimônio público, bastando a demonstração dessa ocorrência que viola os princípios do art. 37 da Constituição Federal.

Portanto, a Lei Federal nº 12.813/2013, veio para estabelecer regras disciplinares na atuação dos agentes públicos do Poder Executivo Federal diante do conflito de interesse, o que ocorre exatamente neste caso ao se deferir a aceitação de documento emitido por empresa que tem interesse direto na vitória de uma empresa concorrente e da qual o mesmo é sócio e administrador, contaminando o resultado e colocando em dúvida a idoneidade da concorrência, devendo ser recusada a aceitação do atestado apresentado pela empresa KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA, com a sua consequente DESCLASSIFICAÇÃO.

Desta feita, caso a administração pública entenda que o atestado de capacidade técnica ofertado pela KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA (emitido por C & S VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PATRIMONIAL EIRELI) é capaz de comprovar a execução de atividades compatíveis com as características do objeto da licitação, apesar do conflito de interesse demonstrado, deve a mesma determinar, com base no item 8.5 do Edital, a realização de diligências para confirmar se os serviços indicados no atestado em questão foram efetivamente executados, principalmente apresentação de notas fiscais e/ou GEFIP dos serviços prestados, tendo em vista a identidade dos sócios administradores das duas empresas a fim de elidir qualquer falta de idoneidade, por conflito de interesse dos participantes da licitação e observâncias aos princípios constitucionais vigentes e do próprio edital do certame."

"8.6.1 Comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado."

A RECORRENTE disse que o atestado de capacidade técnica da empresa KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA, foi emitido pela empresa C & S VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PATRIMONIAL EIRELI, portadora do CNPJ nº 14.151.000/0001-05 e que consultando-se o CNPJ da referida empresa de vigilância que emitiu o atestado no site da Receita Federal, disse ainda que seu único sócio e proprietário é o Sr. Kaio Cesar do Carmo Loureiro da Silva que também é sócio-administrador da empresa KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA.

Disse também que é possível pelas consultas acima atestar que há um claro interesse do emissor do atestado de capacidade técnica em que a empresa licitante (da qual também é sócio administrador - KCM SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA) se favoreça e vença a concorrência, viciando e nulificando o resultado da licitação em claro conflito de interesse e em prejuízo à Administração Pública.

Não há, explicitamente, na Lei 8.666/93 ou no Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, previsão de que empresas do mesmo grupo não possam apresentar certificados de capacitação técnica umas para as outras.

Portanto não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma

Outrossim, o Tribunal de Contas da União inclina-se no sentido da aceitação dos tais atestados. Por si só, tais documentos não indicariam irregularidade ou fraude à licitação, considerando que espelhem a realidade de que os serviços foram realmente prestados.

De acordo com o art. 30, §§ 1º e 6º, da Lei nº 8.666/93, a comprovação da qualificação técnico-operacional será realizada por meio da apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, registrados na entidade profissional competente, conforme o caso, bem como pela apresentação de declaração com a indicação das instalações, aparelhos e pessoal técnico disponível para executar o objeto da licitação.

A finalidade da apresentação de tais documentos é justamente comprovar a satisfatoriedade da execução de objeto similar ao da licitação. Logo, os atestados apresentados devem se revestir de alguns requisitos de confiabilidade, exprimindo com veracidade informações relevantes que possam subsidiar a Administração a tomar uma decisão segura quando do julgamento da habilitação dos licitantes.

Existindo incertezas em relação ao conteúdo do atestado, em especial sobre a veracidade dos fatos ali declarados e sua compatibilidade com os requisitos do edital, deve a Administração agir com cautela, promovendo as diligências necessárias (com escopo no art. 43, § 3º, da Lei 8.666) a fim de dirimir as dúvidas existentes.

Nesse sentido é que atestados apresentados por empresas que possuem sócios em comum, com grau de parentesco ou que pertençam ao mesmo grupo econômico, de fato, podem despertar dúvidas quanto à sua confiabilidade e lisura, todavia, não podem ser rejeitados de plano pela Administração.

Isso porque não há, a princípio, impedimento legal para que empresas nessas condições (com sócios em comum, com grau de parentesco ou que pertençam ao mesmo grupo econômico) participem do mesmo processo licitatório ou de emitirem atestados de capacidade técnica uma a outra, na medida em que as pessoas jurídicas, em nosso ordenamento, possuem autonomia jurídica e não se confundem com as pessoas físicas ou jurídicas que a integram e/ou a comandam, sendo cada qual titular de direitos e obrigações de forma independente em relação às demais.

Nessa linha, as seguintes decisões do TCU:

"[ACÓRDÃO]

Considerando tratar-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Evermobile Ltda., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, acerca de supostas irregularidades na condução do pregão Eletrônico nº 158/7855-2009, promovido pela Caixa Econômica Federal, para contratação de empresa especializada para fornecimento de solução integrada de processamento de cartões de crédito

(...)

Considerando que a unidade técnica, em instruções uniformes (fls. 140/143), refutou todas as irregularidades denunciadas pela representante.

(...)

Considerando que, em relação à alegação de que o atestado de capacidade técnica não poderia ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico, tendo sido observado que não havia vedação na Lei de Licitações nem no edital do pregão e que controlada e controladora conservam personalidade e patrimônio distintos. (...)

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II e 43, inciso I, da Lei nº 8.433, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 17, inciso IV; 143, inciso III; 237, inciso VII, do Regimento Interno / TCU, nos termos dos pareceres exarados nos autos, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente (...)”[1] (grifou-se)

”[RELATÓRIO]

31. Sobre os motivos pelos quais considerou insuficiente o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa Connectcom Teleinformática Comércio e Serviços Ltda., a afirmação de Alive de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma.”[2] (grifou-se)

(...)

”Não há vedação legal à participação, em uma mesma licitação, de empresas cujos sócios tenham relações de parentesco entre si. Contudo, essas relações podem e devem ser levadas em conta sempre que houver indícios consistentes de conluio.

Pedido de Reexame interposto por empresa requereu a reforma do Acórdão 2.425/2012 - Plenário, proferido em sede de Denúncia, que declarara a inidoneidade da recorrente para licitar e contratar com a Administração Pública Federal por três anos. A sanção fora aplicada em razão de diversos indícios de conluio entre essa empresa e outra licitante no curso de pregão eletrônico, entre eles a existência de relação de parentesco entre os seus sócios. Nesse ponto, alegou a recorrente que ela e a outra empresa possuíam personalidades jurídicas distintas, com composição societária diversa, sendo a única relação entre elas [a] de parentesco entre os sócios de uma e de outra, não havendo vedação legal nisto”. O Relator destacou que a avaliação global dos fatos denunciados e das informações trazidas pela unidade instrutiva, concernentes à participação conjunta dessas mesmas empresas em outros certames, contribuiu decisivamente para confirmar o conluio entre elas. Em seguida, descreveu o procedimento fraudulento no qual as empresas valeram-se do benefício legal concedido pela Lei do Simples Nacional no intuito de proteger a recorrente (entidade de grande porte) da concorrência dos micro e pequenos empresários: “De acordo com os artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, denominada Lei do Simples Nacional, é considerado empate sempre que a empresa de maior porte apresentar a melhor proposta em pregões federais e houver Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP) no intervalo de 5% acima do menor valor. Ocorrendo essa hipótese, o micro ou o pequeno empresário mais bem classificado está autorizado a apresentar proposta de preço inferior à primeira colocada, ainda que por um centavo, para sagrar-se vencedor do certame”. Dessa forma, a microempresa envolvida no esquema ofertava, quase que simultaneamente com a recorrente, preço ligeiramente superior ao desta. Quando a recorrente detinha o menor preço e, no intervalo de 5%, havia mais de uma ME e EPP, sendo a proposta da referida microempresa a mais baixa dentre elas, esta cobria a oferta da recorrente e sagrava-se vencedora do item licitado, impedindo que as outras beneficiárias do Simples pudessem suplantá-la com a proposta da recorrente. Nos casos em que só a microempresa do esquema encontrava-se dentro do intervalo de 5%, ela não se manifestava e a recorrente era declarada vencedora do item, ainda que aquela pudesse vencer o certame por diferença irrisória, “evidenciando inexistência de competição real entre as duas empresas do grupo familiar”. Por fim, o relator ressaltou que “não existe vedação legal à participação, em uma mesma licitação, de empresas com sócios com relação de parentesco. Entretanto, essas relações podem e devem ser levadas em conta sempre que houver indícios consistentes de conluio, como é o caso destes autos”. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, manteve a sanção imposta à empresa. Acórdão 1448/2013-Plenário, TC 013.658/2009-4, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 12.6.2013.”[3]

O Tribunal de Contas da União se posiciona no sentido de que não há impedimento legal pois trata-se de empresas com personalidade jurídica distinta, por meio do qual adquirem direitos e obrigações individualizadas.

”Resumo:

”Sobre os motivos pelos quais considerou insuficiente o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa xxxxxx., a afirmação da empresa YYYYY sobre a inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma.”(Fonte: TC 007.497/2012-1)

O Tribunal de Contas da União por diversas vezes já se pronunciou sobre tema a favor da validade de atestados emitidos por empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, notadamente diante da ausência de vedação em lei e no Edital, conforme julgado abaixo transcrito:

”Acórdão nº 451/2010 - TCU - Plenário “Considerando tratar-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Evermobile Ltda., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, acerca de supostas irregularidades na condução do pregão Eletrônico nº 158/7855-2009, promovido pela Caixa Econômica Federal, para contratação de empresa especializada para fornecimento de solução integrada de processamento de cartões de crédito (...) Considerando que, em relação à alegação de que o atestado de capacidade técnica não poderia ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico, tendo sido observado que não havia vedação na Lei de Licitações nem no edital do pregão e que controlada e controladora conservam personalidade e patrimônio distintos. (...) Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II e 43, inciso I, da Lei nº 8.433, de 16 de julho de 1992, c/c os arts.17, inciso IV; 143, inciso III; 237, inciso VII, do Regimento Interno / TCU, nos termos dos pareceres exarados nos autos, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente (...)”.

22. Sobre os motivos pelos quais considerou insuficiente o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa Acciona, a afirmação de Alive de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Isso porque não há vedação na Lei nº 12.462/11 e tampouco no edital em epígrafe, que impede a aceitabilidade dos atestados apresentados. Além disso, o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades controladora e controlada conservam a personalidade e patrimônios distintos. Consequentemente, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Logo, mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

23. Em sede de análise de representação, com pedido de medida cautelar, interposta pela empresa Connectcom Teleinformática Comércio e Serviços Ltda. no Tribunal de Contas da União, na qual alega irregularidades no Pregão Eletrônico por Registro de Preço 02/2012, a Corte de Contas manifestou entendimento nesse mesmo sentido, in verbis:

A afirmação de Alive de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma (TCU Ata nº 33/2012 - Plenário. Data da Sessão: 22/8/2012 - Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2241-33/12-P).

24. Em percuciente análise das questões suscitadas, constatou-se que a utilização de atestado de capacidade técnica emitido por empresa do mesmo grupo econômico não justifica a desclassificação da recorrida, tendo em vista que não há vedação no edital de licitação e tampouco na lei, a qual rege o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Portanto, o fato de a ACCIONA pertencer a um grupo de empresas especializadas na área da construção de obras de infraestrutura não a desabona para participar do presente certame licitatório.”

É fato que durante o julgamento da proposta da empresa KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA - ME, os documentos de habilitação que foram inseridos no sistema Compras Governamentais, é suficiente para confirmar que a licitante cumpriu integralmente com as especificações de Instrumento Convocatório e legislação referida.

Analisando os atos praticados, certamente se pode afirmar que não houve qualquer violação aos princípios basilares da licitação.

Cabe ressaltar ainda, que a licitação não é um fim em si mesmo, isto porque o procedimento licitatório, embora de natureza formal, deve superar o burocratismo exacerbado e inútil, pois não se pode esquecer que a finalidade da licitação é receber a proposta mais vantajosa, e não a mais correta formalmente. Em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666/93), a regra é que os licitantes apresentem documentação capaz de refletir, desde logo, o atendimento das condições estabelecidas pela Administração no edital. No entanto, tendo como finalidade privilegiar a competição mediante a manutenção na disputa de licitantes que tenham entregue documentação omissa/incompleta, a Lei de Licitações legitima a realização de diligências.

Já dizia o ilustre doutrinador HELY LOPES MEIRELLES: in *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 20ª Ed., p. 248: "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 e 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."

Para ilustrar o ora exposto, vale observar a decisão do Tribunal de Contas da União do Processo nº 008.416/97-4, publicado no D.O. nº 116-E, de 21.06.99, p. 72/80: "[...] O Tribunal se manifestou no sentido de que NÃO SE PODE PERDER DE VISTA OS ENSINAMENTOS DO PROF. ADILSON DALLARI, QUE ENSINA QUE A "LICITAÇÃO É PROCEDIMENTO E NÃO UM ATIVIDADE LÚDICA; NÃO SE TRATA DE CONCURSO DE DESTREZA PARA ESCOLHER O MELHOR CUMPRIDOR DO EDITAL" (Licitação - Competência para classificar propostas, adjudicar, homologar e anular, BLC nº 6/94, p. 245). À luz deste entendimento, O TRIBUNAL RATIFICOU QUE NEM SEMPRE O FORMALISMO DEVE SER SEGUIDO À RISCA PELOS JULGADORES. [...] NÃO BASTA COMPROVAR A EXISTÊNCIA DO DEFEITO. É IMPERIOSO VERIFICAR SE A GRAVIDADE DO VÍCIO É SUFICIENTEMENTE SÉRIA, ESPECIALMENTE EM FACE DA DIMENSÃO DO INTERESSE PÚBLICO. ADMITE-SE, AFINAL, A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE QUE O RIGOR EXTREMO NA INTERPRETAÇÃO DA LEI E DO EDITAL PODE CONDUZIR À EXTREMA INJUSTIÇA OU AO COMPROMETIMENTO DA SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO... O FORMALISMO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NÃO SIGNIFICA QUE SE POSSA DESCLASSIFICAR PROPOSTAS EIVADAS DE SIMPLES OMISSÕES OU DEFEITOS IRRELEVANTES."

A Lei 8.666/93, em seu art. 43, § 3º, possibilita a realização de diligências destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, porém com a vedação expressa quanto à inclusão de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, o que não é o caso

Assim, não merece acolhida o pedido da RECORRENTE quanto a inabilitação da IMPUGNANTE.

Assim, sem razão a RECORRENTE e correto o julgamento do Pregoeiro que deu pela CLASSIFICAÇÃO E HABILITAÇÃO da IMPUGNANTE.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, expressamente dispõe que o processo de licitação pública somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desta forma, e como a Lei de Licitações o faz, é permitido que a Administração Pública exija a demonstração da boa condição financeira e técnica daqueles que desejam com ela contratar, sempre que isso for indispensável.

Por isso é que a Lei 8.666, de 1993 previu alguns mecanismos para Administração aferir a idoneidade dos licitantes, mas consignou que tais requisitos poderiam ser dispensados, na linha da previsão constitucional. Na verdade, tais requisitos devem ser dispensados sempre que não forem indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por esse motivo, a regra geral é não se exigir dos licitantes maiores demonstrações, e isso grassa na maior parte dos processos licitatórios, como o quer a Constituição Federal.

A IMPUGNANTE entende dada por cumprida todas disposições editalícias, a proposta apresentada atende as disposições do instrumento convocatório todos os documentos apresentados são autênticos e dentro dos seus respectivos prazos de validade. Daí desclassificar a proposta da IMPUGNANTE e;ou INABILITÁ-LA, configurará em um ato autoritário e desnecessário.

O doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Elementos de Direito Administrativo*, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, assevera;

"Vale a pena, mencionar alguns vícios insidiosos pelos quais sorrateiramente pode ser burlada a necessária isonomia no procedimento licitatório, pôr ocasião da habilitação.

a) Exigência de documentação excessiva, vale dizer, de comprovantes atinentes aos aspectos econômicos, técnicos ou de capacidade jurídica, desnecessários para demonstração deles. De um modo geral isto ocorre quando a entidade licitadora requer outros documentos além dos previstos em lei como necessário"

Celso Antônio Bandeira de Mello, na citada obra, sobre o necessário respeito as normas editalícias, lembra:

"O Edital regula, ainda os atos e termos do procedimento licitatório. Abaixo da legislação e dentro das balizas nela fixadas, cabe-lhe disciplinar a seqüência e as formalidades dos atos próprios de uma licitação. Assim o tempo para a prática de cada qual, as solenidades que os cercarão, os direitos e deveres exercitáveis, durante seu transcurso pelos proponentes e pelos órgãos administrativos que a conduzem, constam do instrumento de abertura e tem que ser estritamente respeitados."

Assim sendo, seja diante dos termos do próprio Edital Convocatório, ou dos princípios da legalidade, a IMPUGNANTE requer seja julgado como TOTALMENTE IMPROCEDENTE o recurso da empresa, em razão de haver cumprido as exigências estabelecidas no Edital, o que espera seja declarado por Vossa Senhoria, como medida melhor de direito.

Inexiste erro na proposta da IMPUGNANTE, e tampouco o preço pode ser considerado como superfaturado ou mesmo inexecutável, reflete tão somente o valor de mercado. Tanto é verdade que a RECORRENTE nada falou em seu discurso de inconformismo e silenciaram porque inexistia qualquer fundamento para justificar a desclassificação da proposta da IMPUGNANTE.

Sobre a habilitação deve o Promotor da Licitação, faze-lo de modo fundamentado, observando todos os princípios basilares da licitação, não sendo formalista e tampouco subjetivo. Vale observar os seguintes ensinamentos dos doutrinadores de escola, atuantes no Direito Administrativo, vejamos:

"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. (Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª Ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 1999, pag. 247.)

"Em suma, se a desconformidade de uma proposta com o instrumento convocatório for por questão formal, de pequena importância e superável por outras formas de avaliação, parece-nos que seria de rigor extremado privar a administração de uma proposta que melhor satisfaça seus interesses. (Doria Maria de Oliveira Ramos, in "Desclassificação. Falhas de pequena proporção" in Maria Sílvia Zanella di Pietro, Temas Polêmicos)

Toda atividade administrativa está submetida ao princípio da proporcionalidade (reconduzível ao princípio da razoabilidade). Logo, também, a matéria de licitações é presidida por ele.

O princípio da proporcionalidade pressupõe reconhecer a natureza teleológica da disciplina jurídica. Toda disciplina imposta pelo Direito tem cunho instrumental, na acepção de que visa à realização de certos valores.

Em primeiro lugar, a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. (...) Nessa linha, a proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, de modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo ordenamento jurídico. O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores. Essa ponderação se desenvolve tanto no plano teórico como em face da circunstância concreta. Retrata-se em atividade valorativa, onde o sujeito examina o caso concreto e avalia quais os valores a realizar e em que medida. (...) A tentativa do aplicador do Direito será de compatibilizar os valores, de moldes a permitir que todos sejam realizados e satisfeitos. (...) É desproporcionada a solução que, a pretexto de realizar determinado valor, produz o sacrifício de outro, cuja relevância seja equivalente.

A proporcionalidade significa, em segundo lugar, que a aplicação da regra jurídica concreta deve ser norteada pelo resultado que se busca atingir. Interpreta-se e aplica-se cada regra jurídica em função do resultado a ser produzido. Não se admite interpretação que desnature a regra, tornando-a via de sacrifício dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico.(....)

Em matéria de licitações, o princípio da proporcionalidade se traduz, antes de tudo, na necessidade de equilíbrio entre a busca de dois fins igualmente relevantes. A realização do princípio da isonomia deve dar-se simultânea e conjuntamente com a seleção da proposta mais vantajosa. Não é possível privilegiar um desses dois fins como absoluto entre si.

A pretexto de dar tratamento equivalente a todos os integrantes da comunidade, não é possível sacrificar a seleção de proposta mais vantajosa. A recíproca também é verdadeira..."

Do ponto de vista formal, deve-se verificar se a proposta atendeu ao modelo devido. Ou seja, examina-se se contém aquilo que é obrigatório e se omitiu aquilo que é proibido, adotando a forma adequada. O exame formal deve ser formulado à luz do princípio fundamental de que a forma não é um fim em si mesmo. Mas isso não autoriza ignorar a ofensa a requisitos formais relevantes previstos no ato convocatório.

A decisão acerca da relevância do vício deverá ser solucionada segundo a natureza do interesse tutelado pela exigência. Quando se tratar de ofensa a interesse público, haverá a desclassificação das propostas defeituosas. Se for tutelado os interesses dos competidores, o vício somente poderá ser pronunciado diante de provocação dos interessados. No seu silêncio, o defeito será considerado sanado. Além disso, pode existir defeitos que não afetam minimamente interesse algum, caracterizando mera irregularidade. Se, na oportunidade da edição do ato convocatório, a Administração reputou relevante certa exigência, não pode voltar atrás posteriormente. Não se admite que, na ocasião do julgamento, seja alterada a natureza da exigência (e, portanto, do vício). Não se pode ignorar uma exigência que fora veiculada como referida ao interesse público. Assim, se o ato convocatório exige planilhas, informações complexas, demonstrativos etc., sua ausência é causa de desclassificação. Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que reputar-se relevante e fundamentada a exigência - mormente se inexistiu tempestiva impugnação pelos licitantes. Era do conhecimento de todos que a exigência deveria ser cumprida. Quem não o fez, deverá arcar com as consequências da sua omissão. No entanto, é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é comum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza-se a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. Certamente, não haveria conflito se o ato convocatório reservasse a sanção de nulidade apenas para as desconformidades efetivamente relevantes. Mas nem sempre é assim. Quando o defeito é irrelevante, tem de interpreta-se a regra do edital com atenuação.

Suponha-se que o edital exige que as páginas das propostas contenham numeração, em algarismos arábicos, grafada no pé da página, do lado direito. Seria descabido desclassificar a proposta que contivesse numeração em algarismos romanos ou em que a numeração estivesse digitada no alto da página. O defeito irrelevante não pode acarretar a desclassificação., superando-se o rigor extremado do edital para assegurar a realização do interesse público. (Marçal Justem Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 5º ed., São Paulo, Ed. Dialética, 1998, pg. 229)

"Nesse sentido Odete Medaur inclui, dentre os princípios que informam o processo administrativo, gênero do qual a licitação é espécie, o princípio do formalismo moderado, que 'visa impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação'. Ainda segundo a autora, 'a exemplo de formalismo exacerbado destoante desse princípio, encontra-se no processo licitatório, ao se inabilitar ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos com diligências; assim agindo, deixa-se em segundo plano a verdadeira finalidade do processo, que é o confronto do maior número possível de propostas para aumentar, em decorrência, a possibilidade de celebrar contrato adequado ao interesse público. (Maria Luíza Machado Granziera, "Julgamento, Homologação e Adjucação", São Paulo, Editora NDJ, 1998, pag. 113)

"Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo". (Carlos Maximiliano, in "Hermenêutica a Aplicação do Direito", Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1993, pag. 180)

Outra não é a posição assente na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ, bem como nos Tribunais Regionais Federais, veja-se:

"A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitante. Quanto mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater os concorrentes" (STJ, MS nº 5.623, DJ de 18.2.98, p.2. g.n.)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. As regras do edital de licitação devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado encontrar entre as propostas a mais vantajosa (...) Segurança concedida" (STJ, MS nº5.606-DF, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 10.9.98).

133038366 - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - EXCESSO DE FORMALISMO - ILEGALIDADE - 1. Tendo a impetrante apresentado à Comissão de Licitação os documentos essenciais que comprovaram o quanto requerido na Lei, e no próprio edital, demonstrando a sua capacidade técnica, bem assim a sua inscrição perante o órgão competente, andou mal a Comissão ao inabilitá-la ao fundamento de que a certidão foi expedida pelo representante do órgão e não em nome do próprio órgão. 2. A jurisprudência tem desprezado rigorismos formais exacerbados no julgamento de processos licitatórios. 3. Remessa oficial não provida. (TRF 1ª R. - REO 01000912418 - AC - 3ª T.Supl. - Rel. Juiz Conv. Carlos Alberto Simões de Tomaz - DJU 21.11.2002 - p. 82)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. FORMALISMO. EXCESSO. Deve ser desconsiderado o excesso de formalismo que venha a prejudicar o interesse público. Não é razoável a desclassificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública na hipótese de meros equívocos formais. A ausência de juntada da cópia da Convenção Coletiva do Trabalho e a "suposta" falta de especificação da reserva técnica incidente sobre os insumos nenhum prejuízo trouxe ao Certame e à Administração. (TRF 4ª R. - MAS - Apelação em Mandado de Segurança - PR - 3ª T. - Rel. Juiz Eduardo Tonetto Picarelli - DJ 03/04/2002 - p. 509)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS. FORMALISMO. EXCESSO. 1. É legítima para figurar no pólo passivo da demanda a Comissão de Licitações da Tomada de Preços nº 1265/95-9 do DNER, uma vez que a ela compete qualquer atividade direcionada à seleção das propostas ou dos licitantes em um procedimento licitatório. 2. Merece aceitação por parte da Comissão de Licitações Certidão Positiva de Regularidade Fiscal para com a Fazenda Municipal do lugar de realização do certame, in casu, Curitiba/PR, já que o débito encontra-se com a exigibilidade suspensa, possuindo efeitos de certidão negativa. 3. A forma de apresentação das propostas exigida no edital não deve ser encarada com excesso de formalismo por parte da Comissão de Licitações do DNER a ponto de excluir do certame empresa que possa oferecer condições mais vantajosas na execução do objeto licitado. 4. Remessa oficial improvida. (TRF 4ª R. - MAS - REO - Remessa Ex-Ofício - 9973 - PR - 4ª T. - Rel. Juiz Hermes S Da Conceição Jr - DJ 19/04/2000 - p. 101)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EXCESSO DE FORMALISMO E ILEGALIDADE DE ATO REVOCATÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. Há excesso de formalismo por parte da Administração, pois as certidões apresentadas pela licitante, na fase de habilitação, são evidentemente suficientes para comprovar a capacitação técnica dos seus engenheiros e de sua empresa, na forma exigida pelo edital. A motivação do ato que revogou a presente licitação mostrou-se absolutamente insuficiente, consubstanciando vício insanável sujeito ao controle judicial, devido à sua evidente ilegalidade. - Agravo Regimental a que se nega provimento. (TRF 2ª R. - MAS - AGA - Agravo Regimental No Agravo De Instrumento - 52780 - RJ - 1ª T. - Rel. Juiz Ricardo Regueira - DJ 28/09/2000 - p. 101)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. EXCESSO DE FORMALISMO. ILEGALIDADE. 1.Tendo a impetrante apresentado à Comissão de Licitação os documentos essenciais que comprovaram o quanto requerido na Lei, e no próprio edital, demonstrando a sua capacidade técnica, bem assim a sua inscrição perante o órgão competente, andou mal a Comissão ao inabilitá-la ao fundamento de que a certidão foi expedida pelo representante do órgão e não em nome do próprio órgão. 2. A jurisprudência tem desprezado rigorismos formais exacerbados no julgamento de processos licitatórios. 3. Remessa oficial não provida. (TRF 1ª R. - REO - Remessa Ex-Ofício - 01000912418 - RJ - 3ª T. - Rel. Juiz Carlos Alberto Simões De Tomaz - DJ 21/11/2002 - p. 82)

Neste contexto, é de se afirmar que inexistente motivo que possa fundamentar a desclassificação ou mesmo a INABILITAÇÃO da IMPUGNANTE, e por outro lado a eventual procedência aos pleitos da RECORRENTE será excessivamente rigorosa e inconstante com o caráter competitivo da licitação.

Resta, pois, evidente que o pedido da RECORRENTE para inabilitar a IMPUGNANTE funda-se em um formalismo exacerbado, estando, destarte, totalmente desconforme com os princípios básicos da Administração Pública e do próprio procedimento licitatório.

Nesse sentido e em certa medida a jurisprudência nacional:

AGRAVO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE NEGOU CURSO A AGRAVO DE INSTRUMENTO POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – SUSPENSÃO DE DECLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA E DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – LICITAÇÃO TIPO MELHOR PREÇO GLOBAL. - O fato de a proposta considerada vencedora ter vulnerado o edital relativamente ao preço unitário de um item, sendo, por isso, com base em cláusula do certame, dada oportunidade de correção, visto ser plausível ter acontecido mero erro de digitação, resultando vantagem ainda maior ao licitante, em princípio não caracteriza ensejo de proposta nova, tampouco violação ao princípio da isonomia face às demais participantes. Importa é a preservação da proposta mais vantajosa em termos de melhor preço global. Precedente do 1º Grupo Cível. Ademais, condutas e decisões equivocadas do Administrador Público não vinculam o Judiciário. (TJ-RS - AGRAVO nº 70033773144- Des. Irineu Mariani).

A se amoldar ao caso, a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 70021519509, da Primeira Câmara Cível, relator o Em. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick – TJ-RS :

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MENOR PREÇO GLOBAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA AGRAVANTE QUE APRESENTOU PROPOSTA COM MENOR PREÇO, POR APRESENTAR ALGUNS ITENS DE MATERIAIS EM VALORES INDIVIDUAIS ACIMA DOS VALORES COTADOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. FUMAÇA DO BOM DIREITO NA ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO EDITAL. FORMALIDADE EXCESSIVA. COTAÇÕES DE ITENS EM VALORES APARENTEMENTE DISSOCIADOS DA REALIDADE DE MERCADO. SUSPENSÃO DO ADEMPIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO DO RECURSO.

Cabível a concessão de liminar para o fim de suspender a execução do contrato administrativo referente à licitação, sob modalidade Concorrência Pública, para contratação de obras e serviços de reforma da Rede Elétrica do Hospital Materno Infantil Presidente Vargas, em razão de aparente ilegalidade na desclassificação da proposta da agravante. Uma vez que o certame adotou, como critério de julgamento o menor preço global, não poderia, em princípio, desclassificar a proposta da agravante, em razão de que alguns itens continham valor individual acima dos valores cotados no Edital, máxime quando tal cotação parece estar dissociada dos valores de mercado. Presença dos requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora, a justificar a suspensão da execução do contrato firmado com a concorrente da agravante, litisconsorte passiva necessária no “mandamus” impetrado na instância originária. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.”

No julgamento da proposta se impõe observar o Princípio do JULGAMENTO OBJETIVO, que almeja impedir que a licitação seja decidida sob influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. O professor Hely Lopes Meireles, afirma:

“Julgamento objetivo, é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que o seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido pelo edital.

O princípio do julgamento objetivo afasta o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração.”

Reformar a decisão e julgar como DESCLASSIFICADA ou mesmo INABILITADA a IMPUGNANTE, diante do presente processo licitatório, seguramente se constitui na violação ao o princípio da legalidade, muito bem esculpido no art. 4º da lei nº 8.666/93, que estabelece, *ipsis literis*:

“Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.” (grifo nosso)

Segundo o Doutor SERGIO VAZ, na sua primorosa obra “Nova Lei das Licitações, Princípios, Fraudes e Corrupção na Administração”, Ed. Datajuris, Pág. 41, em aprofundado estudo sobre o art. 4º da Lei nº 8.666/93, assevera:

“Este artigo, de maneira expressa cultiva o princípio do procedimento formal, garantindo a todos os licitantes o direito público subjetivo, de verem cumpridos os procedimentos legais estatuídos.

Assim, todos os licitantes, de maneira subjetiva, e, in abstracto, tem a garantia da fiel observância dos procedimentos estabelecidos para a realização dos processos licitatórios.

Este princípio pode ser tido como consectário do princípio da legalidade, pois o processo licitatório deverá seguir a forma prevista em Lei.”

Assim o Doutor ANTONIO MARCELLO DA SILVA, in “O princípio e os Princípios da Licitação, Ed. Revista dos Tribunais, 532/29, ensina:

“A licitação é, portanto, procedimento e como tal, não pode afastar-se da forma preestabelecida, seja em lei, decreto, regulamento, portaria, caderno de encargos ou no próprio instrumento convocatório. As normas procedimentais constituem garantia para os licitantes e para a própria administração, por assegurarem a normalidade do procedimento, através da fixação da forma de determinados atos, do momento para a sua prática e de suas condições de validade.”

O princípio da legalidade está intimamente ligado à idéia de Lei, pois, os mandamentos legais é que autorizam ou desautorizam a prática e aplicação dos atos administrativos. Legalidade também tem a ver com as exigências do bem comum.

Segundo o Dr. Sergio Vaz, in “Nova Lei das Licitações, Princípios, Fraudes e Corrupção na Administração”, Ed. Datajuris, pág.20/21, “Qualquer ato administrativo que não se subordinar às exigências da Lei será inválido e terá sua eficácia comprometida, acarretando ao responsável pela ilegalidade as sanções criminais, disciplinares e civis, dependendo de cada caso e do teor da gravidade.

Assevera o mestre Hely Lopes Meireles, in “Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, pág. 83”.

“Na administração pública não há liberdade e nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a Lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a Lei autoriza. A Lei para o público significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim”.

O princípio da legalidade sempre existiu, sendo sustentado pela doutrina e pela jurisprudência, mas, agora, surgiu de maneira efetiva a constante da própria Constituição que é a Lei Maior do país, à qual se subordinam não só as demais Leis, como também todas as pessoas e principalmente a administração pública.

O administrador público ao tomar as suas atitudes e, ao praticar quaisquer atos administrativos, deverá fazê-lo, não em confronto com as Leis, mas, exclusivamente nos exatos termos da autorização legal, pois, a Lei, para o administrador público, apresenta os exatos contornos da margem de administrar, explicitando o que poderá ser feito e o que é proibido fazer, restringindo o círculo do “dever fazer”, em detrimento do “poder fazer”.

Informa nesse sentido, o jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, in “Elementos do Direito Administrativo”, pág. 26.

“A Lei ou mais precisamente o sistema legal é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa. A expressão legalidade, deve pois ser entendida como “conformidade ao direito”, adquirindo um sentido mais extenso”

Assim a atividade administrativa, trabalhando para o bem comum e para o interesse público que é indisponível está subordinada à Lei, devendo cega obediência a estas.

A Constituição Federal no inciso II do artigo 5º estatui:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei.”

Desta afirmação constitucional, considerando-se que, na administração pública não há nem a liberdade e nem a vontade pessoal, surgirá automaticamente o complemento: O administrador público somente deverá fazer ou deixar de fazer alguma coisa, quando houver previsão legal.

Estará assim, subordinado à Lei, não lhe sendo permitido fazer opções somente porque não há proibição legal. O princípio da legalidade não se coaduna com o autoritarismo e nem com o absolutismo.”

Ante o todo esposado, e ainda em face do que já foi antecipadamente observado pelo douto Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, entende que restou cabalmente demonstrado que a IMPUGNANTE haverá de ser mantida como CLASSIFICADA e HABILITADA, face haver cumprido o disposto no Edital e demais legislações aplicáveis.

Assim sendo, seja diante dos termos do próprio Edital Convocatório, ou dos princípios da vinculação ao Edital e da legalidade, a empresa IMPUGNANTE requer seja INDEFERIDO INTEGRALMENTE o RECURSO ADMINISTRATIVO da firma RECORRENTE, o que espera seja declarado por Vossa Senhoria, como medida melhor de direito.

5 - DO PEDIDO

Requer a Vossa Senhoria que conheça da presente Peça de CONTRA-RAZÕES, julgando o Recurso Administrativo da T. B. FIGUEIREDO NUNES SERVIÇOS GERAIS, INTEGRALMENTE IMPROCEDENTE mantendo totalmente a decisão ora recorrida, para dando continuidade ao certame, como entender de direito, tudo conforme as razões fartamente apresentadas, vez que não há desconformidade com o Instrumento Convocatório e legislação em vigor consoante a documentação de Habilitação apresentada pela IMPUGNANTE. Ressalte-se que caso em que se a decisão não for reconsiderada pelo Pregoeiro, pelo que se espera, então, dirigir o recurso devidamente instruído à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, no caso, a Pregoeira.

N. Termos,
Pede Deferimento.
Belém-Pa, 22 de março de 2019

KCM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA - ME
Antônio José Pereira Carneiro Muniz
Sócio - Empresário

Fechar