

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO
PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE
BIRIGUI-SP

PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI
PROCESSO: 9778/2011 - 1 Data: 08/08/2011 10:11
EMPRESA: S.B. DE SOUZA CONSTRUTORA - ME
RECURSO: RECURSO ADMINISTRATIVO
RECURSO ADMINISTRATIVO - TOMADA DE PREÇOS Nº 05/2011 - EDITAL Nº
039/2011

TOMADA DE PREÇOS Nº 05/2011
EDITAL Nº 039/11

À Diretora do Depto de Materiais,
para os devidos fins.

Birigui, 08/08/2.011

Julio Cesar
Secretário de Gabinete

Decreto nº 4.400, de 09/1/2.009

S.B. DE SOUZA CONSTRUTORA ME, CNPJ. nº
02.106.228/0001-96, sediada à Rua Joao Fatori, nº 400, Distrito Industrial, Box 11, Penápolis-SP,
CEP. 16300-000, participante do certame referenciado, neste ato, representado por seu proprietário
SAULO BARBOSA DE SOUZA, brasileiro, empresário, portador do RG. de nº 12.665.246,
inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas sob o nº 004.672.528-82, residente e domiciliado à Rua Um
nº 105, Jardim Pevi, Penápolis-SP, CEP. 16300-000, vem, respeitosamente, perante a ilustre presença
de Vossa Excelência, dentro do prazo legal e nos termos do art. 109, I, "a", da Lei 8.666/93,
interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir
deduzidos:

I - SÍNTESE FÁTICA

A RECORRENTE participa do Processo Licitatório **Tomada
de Preço nº 05/11** - Edital Nº 039/11, licitação na modalidade de Tomada de Preços, **do tipo
menor preço**, sob o regime de empreitada por preço global, para execução da Construção de
galerias de drenagem de águas pluviais, de acordo com o edital, em Birigui-SP.

Ocorre que, do julgamento do Envelope "Documentação", a
RECORRENTE foi surpreendida com uma desclassificação por motivos fúteis, senão vejamos no
decorrer desse RECURSO.

Assim, não nos restou outra alternativa, senão protocolizar esse
Recurso com nossas razões, esperando que se faça justiça, habilitando nossa empresa para a próxima
fase do presente certame.

II - DA DESCLASSIFICAÇÃO SEM MOTIVAÇÃO

Analisando a 'decisão de habilitação' publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 30/07/11, no Caderno 1 – Executivo, embasada na Ata da Reunião da abertura realizada em 29/07/2011, temos que a Recorrente fora **inabilitada** por:

"(...) não ter apresentado o Atestado de Capacidade Técnica Operacional solicitado na Cláusula 7.2.6.2. do Edital (...)" (Grifo nosso)

Outrossim, registrou-se na ATA a impugnação da empresa RECORRENTE com relação ao item 7.2.6.2 que estaria em desacordo com o preconizado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, porém, de forma no mínimo estranha, a Comissão deixou de analisar o julgado do TCE-SP por entender que deveria ter sido mostrado antes, o que é um absurdo.

Insta perceber a decisão da Comissão que DESCLASSIFICOU a Empresa RECORRENTE é vazia, sem fundamentação e cita apenas itens do Edital que *supostamente* foram descumpridos. Logo, a decisão é totalmente 'omissa', uma vez que não enumera as **razões jurídicas ou técnicas** pela inabilitação, mas tão somente indica que nossa empresa 'não observou o edital'.

Como é sabido, a Comissão de Licitação deve proceder com '**motivação**', em outras palavras, não é admitido inabilitação de uma empresa apenas com indicação do dispositivo legal ou editalício que, teria sido descumprido.

Conforme entendimento dos nossos Tribunais:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. **FALTA DE MOTIVAÇÃO**. CONCESSÃO DA ORDEM PARA DECLARAR A NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA IMPUGNADA E DETERMINAR À AUTORIDADE IMPETRADA QUE OUTRA SEJA PROLATADA, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. **A decisão acerca da habilitação ou inabilitação dos participantes em procedimento licitatório é estritamente vinculada, devendo, por isso, ser motivada, sob pena de nulidade.** Sentença mantida em sede de reexame necessário. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo: Reexame Necessário nº 181.724-5. 1ª Câmara Cível. Rel Adalberto Jorge Xisto Pereira. Curitiba, 06-12-05. DJ nº 7.037, 13-01-06, p. 127/133. (gn)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. DECISÃO QUE DESCLASSIFICA A PROPOSTA VENCEDORA. **NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO**. **É nula a decisão da Comissão de Licitação que, sem motivação, desclassifica a proposta QUE APRESENTARA O MENOR PREÇO,** nulidade que se estende aos atos subsequentes. Segurança concedida, em parte. Sentença confirmada. Apelação desprovida. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº MAS 2000.33.01.002738-3 / BA. 6ª Turma. Rel Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 28-03-03. DJU, 24-03-03, p. 156. (gn)

Não obstante, o Nobre doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Edição, pág. 610,

“Em qualquer caso, a decisão de desclassificação exige plena, cumprida, e satisfatória fundamentação. A Administração deve indicar, de modo explícito, os motivos pelos quais reputa inadmissível uma proposta. Não basta a simples alusão ao dispositivo violado para validar a desclassificação. É nula a decisão de desclassificação que simplesmente invoque, por exemplo, “ofensa ao item ... do Edital”. O licitante não pode ser constrangido a adivinhar o vício encontrado pela Administração. A fundamentação perfeita é imposta pelos princípios constitucionais da ampla defesa (art. 5º, LV) e da legalidade (art. 37, caput).”

Em razão da não motivação da DESCLASSIFICAÇÃO da empresa RECORRENTE, de plano, prima pela anulação do Ato Administrativo que a Desclassificou do certame, qual seja, sessão de julgamento do envelope ‘Documentação’ e os demais atos subsequentes, uma vez que feita sem motivação, o que deixa a sessão de julgamento eivada de vícios, fato esse que macula a Lei e o caráter competitivo da Licitação.

III – DAS RAZÕES RECURSAIS

Da Ilegal solicitação de atestados em nome da empresa

Insta-se que a possibilidade de exigência deferida a Administração visa apenas assegurar que esta venha a contratar empresas ou entidades que possam desincumbir-se adequadamente do objeto contratado, que tem por finalidade básica e indisponível atender ao interesse público.

Neste sentido, tanto o constituinte originário como o legislador ordinário, em seus respectivos misteres, fizeram inserir a autorização à Administração, exigir demonstração de experiência anterior naquela atividade a ser desincumbida mediante a assinatura do contrato, a partir do que dispõe o artigo 30 da Lei de Licitações.

Observa-se que não se trata de uma obra de alta complexidade, apesar de ser de grande vulto. Assim a simples apresentação de atestados de capacidade técnica que comprovam o sucesso na realização de obras similares (obras de engenharia) em nome do profissional que se responsabilizará pelos serviços comprovaria de forma adequada, dentro dos parâmetros legais e ainda, não estaria a Nobre Administração agindo com extremo rigor (como acontece no caso em tela), permitindo que inúmeros concorrentes participem do certame.

O Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já se manifestou a respeito da irregularidade da exigência constante no Instrumento Convocatório, a qual solicita que a comprovação técnica seja em nome da empresa e não do profissional. Vejamos:

“TC - 029554/026/04 - TCE – SP - Representante: Tecnofeg Construções LTDA, Representada: Prefeitura do Município de Santana do Parnaíba. Anoto que o E. Plenário, nos autos do processo TC-29331/026/02, sessão de 25.9.02, acolhendo voto do eminente Relator, Conselheiro FULVIO JULIÃO BLAZZI, ao examinar exigência análoga a do subitem n.2., determinou a correção do

Edital, ponderando o r. voto condutor do julgamento: Merece Correção, ainda, a exigência constante do inciso VI, do subitem 3.1, do instrumento convocatório, uma vez que, embora seja regular a exigência de comprovação de aptidão tanto profissional, como operacional, na esteira das várias decisões desta

Corte, **não se pode exigir Certidão de Acervo Técnico em nome da proponente**, haja vista que a Resolução 317, do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura - CONFEA, estabelece que a Certidão de Acervo Técnico - CAT tem por objeto a comprovação da experiência do profissional de engenharia e, não da pessoa jurídica a qual o mesmo presta serviço. Conselheiro Relator Cláudio Ferraz de Alvarenga. (DOE/SP v. 114- n. 190, 7 de outubro de 2004)"(GN)

Não obstante, a Resolução nº 1.025, de 30/10/09 que dispõe sobre a Anotação de Responsabilidade Técnica e o Acervo Técnico Profissional, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, diz em seu art. 48:

Art. 48. A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico. (GN)

Logo, vale frisar **que o Acervo Técnico é do Profissional e não da Empresa**, não podendo exigir acervo da Pessoa Jurídica, conforme deliberação do próprio CREA e dos Tribunais de Contas.

Neste momento é oportuno registrar que a jurisprudência tem reconhecido a necessidade da flexibilidade do administrador público, **bem como afastar dos certames licitatórios os excessos de rigor nos julgamentos pelas Comissões de licitação.**

Vejam os Senhores que a solicitação dos documentos mencionados está totalmente fora dos parâmetros legais. No caso em tela, é de suma importância frisarmos que tal solicitação somente está a alijar várias empresas do certame que poderiam trazer as melhores condições ao Erário Público. **Insta-se dizer que a falta de competitividade no certame fará a Nobre Administração a contratar com uns poucos em piores condições ao Cofres Públicos.**

A licitação apóia-se na idéia de competição, a ser travada em igualdade de condições entre todos os interessados **capazes de satisfazer o objeto licitatório.**

Assim, deixar de habilitar nossa empresa por causa do exposto acima, é EXCESSO DE RIGORISMO e macula o procedimento licitatório, uma vez que infringe o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, o qual prevê que a licitação destina-se a garantir a observância

do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, senão vejamos:

“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 lhe são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.(Grifos nosso)

Em nosso modesto entender, o simples uso do princípio da razoabilidade, seria suficiente para que a Nobre Administração reveja as condições elencadas, dando oportunidade a um número maior de licitantes participe do processo licitatório em tela, produzindo uma disputa saudável em busca da proposta mais vantajosa ao Erário.

Por fim, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça vem afastando rigorismos, pois entende que quanto mais interessado no certame, mais vantajoso é para a Administração Pública, *in verbis*:

‘Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei; notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º).’ (REsp nº 797.179/MT, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 19.10.2006, DJ de 07.11.2006, p.253. (GN)

No mesmo sentido,

‘Procedimento formal, entretanto, não se confunde com “formalismo” que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas, desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes - pas de nullité sans grief, como dizem os franceses.’ (in Direito Administrativo Brasileiro, 10ª ed. 1984 – Ed. Rev. Dos Tribunais, p. 224)

“Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se que alcançar em toda licitação (sentido amplo) e o resultado que se busca em cada licitação (sentido estrito). Licitação que não instigue a competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional impondo-se à autoridade competente invalidá-la por vício de ilegalidade...” (GN)

“Visa a concorrência fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorosismos inconsistentes com a boa exegese da lei devem ser atredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorosismo e, na fase de habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório.” (GN)

Concluindo, vale ressaltar que o Acervo é do Profissional e não da Empresa, conforme reiteradas decisões judiciais, confirmando que o Acervo utilizado na documentação da Empresa Recorrente é legal e pode ser usado, uma vez que é do profissional contratado pela Empresa Recorrente, qual seja, o Sr. Eduardo José de Castilho.

Insta-se dizer que a falta de competitividade no certame fará a Nobre Administração a contratar com uns poucos em piores condições ao Cofres Públicos.

DA FALTA DE DILIGÊNCIA PARA SOLUCIONAR PEQUENOS ERROS.

Como é sabido, a finalidade da diligência é eliminar dúvidas, possibilitando um julgamento correto, baseado em fatos e dados reais (Ivo Ferreira de Oliveira, *Diligências nas Licitações Públicas*, 2001, p. 153).

A previsão legal de sua realização encontra respaldo no §3º do art. 43 da Lei 8666/93, *in verbis*,

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Assim caros JULGADORES, a Comissão de Licitação, altamente gabaritada, não deveria ter eliminado a RECORRENTE, sem que ao menos aceitasse a jurisprudência do Tribunal de Contas do estado de São Paulo que o representante da empresa tentou mostrar no dia abertura.

Bastasse a Comissão ter verificado junto ao setor jurídico, para que esse confirmasse a posição do TCE-SP favorável ao RECORRENTE.

Logo, a Comissão deixou de diligenciar, o que é uma afronta à própria Lei de Licitações, bem como aos diversos julgados de nossos tribunais.

Segundo o entendimento de nossos Tribunais, *in verbis*:

(...) a necessidade de atenuar o excessivo formalismo encontra expressa previsão legal no §3º do art. 35 do Estatuto das Licitações, que faculta “à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da concorrência, a promoção de diligência, destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo”. Adotando-se essa providência, evita-se

a inabilitação de licitantes ou a desclassificação de propostas em virtude de falhas de pequena monta, sem repercussão substancial, e preserva-se o objetivo de solucionar a proposta mais vantajosa (...) (TCU-DF, Proc. nº 009.546/92-8. Brasília. Min. Bento José Bulgarin, DOU 29-12-92. P. 18341).

IV - DO PEDIDO

Em face das razões expostas,

- 1) Falta de motivação no julgamento da Desclassificação da RECORRENTE no Certame;
- 2) Excesso de rigor no julgamento da Desclassificação da RECORRENTE por exigir atestados em nome da empresa, quando o correto é exigir atestados em nome do profissional;
- 3) Falta de diligência para solucionar indagações pertinentes com relação à jurisprudência do TCE-SP;

A RECORRENTE S.B. DE SOUZA CONSTRUTORA ME, Requer desta mui digna COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI-SP:

a) Seja dado o provimento do presente Recurso Administrativo.

b) Outrossim, sendo diverso o entendimento, seja o Recurso, juntamente com dossiê do processo, remetido à Autoridade Superior para análise e decisão final, segundo o art. 109, §4º, da Lei 8.666/93

Termos em que, Pede e Aguarda Deferimento.

Penápolis/SP, 04 de Agosto de 2011.

SAULO BARBOSA DE SOUZA
SÓCIO PROPRIETÁRIO
CPF. 004.672.528-82