

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO
PERMANENTE DE LICITAÇÃO E PROCURADOR GERAL DO
MUNICÍPIO DE COCAL DO SUL/SC.**

Tomada de Preço 01/PMCS/2022
Processo Licitatório 07/PMCS/2022

ERIKA BURATO DOS SANTOS, engenheira civil, devidamente registrada no CREA SC 156129-6, brasileira, inscrita no CPF sob o nº 082.456.439-12, portadora do RG nº 5655473, residente a rua Antônio Borges 1111 Oficinas Tubarão SC, vem muito respeitosamente perante Vossa Senhoria, em prazo hábil, conforme art. 109, inciso I, alínea *b*, da Lei nº 8.666/1993, expor as suas razões de

RECURSO ADMINISTRATIVO

interposto em face da **EQUIVOCADA** decisão da Comissão Permanente de Licitações que julgou **INABILITADA** a Recorrente em razão de, supostamente, ter apresentado “*acervo técnico sem os quantitativos adequados com a função de fiscalização, sem dimensões do serviço executado*”, o que faz pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

DA TEMPESTIVIDADE

A ata da Tomada de Preços em epígrafe dispõe os seguintes prazos para a apresentação de eventuais recursos fixando o prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme preceito legal, tendo sido proferida a ata aos 07/02/2022, devendo ser considerado como data limite para interposição de recursos até o dia 14/02/2022. Trata-se, portanto, de recurso **tempestivo**.

BREVE SÍNTESE FATÍCA

Aos 07/02/2022 foi aberto a documentação relativa a habilitação das licitantes no âmbito da Tomada de Preços em epígrafe, na qual a recorrente restou declarada INABILITADA em virtude de seu “*acervo técnico sem os quantitativos adequados com a função de fiscalização, sem dimensões do serviço executado*”.

Contudo, a recorrente foi INDEVIDAMENTE INABILITADA no certame, devendo a decisão que a inabilitou ser REFORMADA para declará-la HABILITADA e por consequência estar a recorrente apta a próxima fase do certame, conforme se discorre a seguir.

DA NECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO QUE INABILITOU A RECORRENTE

a) Princípios que norteiam a Administração Pública: Vinculação ao Instrumento Convocatório, Legalidade, Segurança Jurídica e outros.

Inicialmente, importante registrar que conforme exigido pelo edital, no tocante a qualificação técnica o item 5.1.2.2 assim dispõe:

5.1.2.2. Capacitação técnico-profissional: Atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, devidamente registrado(s) no Conselho Profissional competente ou acompanhado(s) da respectiva Certidão de Acervo Técnico (CATs) emitida pelo Conselho Profissional competente, em nome de profissional(is) de nível técnico ou superior legalmente habilitado(s), com vínculo profissional formal com a licitante, **comprovando a sua responsabilidade técnica na atividade de fiscalização de obras de pavimentação e edificação de alvenaria e concreto armado.**

Desta forma, nota-se que o edital, instrumento que faz lei entre as partes, mesmo podendo exigir quantitativos mínimos no tocante a comprovação da capacitação técnico profissional, furtou-se em fazê-lo deixando claro ao licitante que o mais importante seria a experiência profissional pretérita, não o tanto desse ou daquele serviço que já fora fiscalizado pelo possível licitante.

Contudo, não foi essa a interpretação da Comissão de Licitações, quando alegou em ata que a recorrente estaria inabilitada em virtude de seu acervo técnico não possuir os quantitativos adequados com a função de fiscalização ou a dimensão do serviço executado.

Pois bem, se a dúvida consistia em torno do montante ou quantitativo do serviço executado para obtenção do atestado de capacidade técnica é deveras importante mencionar que para obtenção do registro do atestado de capacidade técnica junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA existe um criterioso procedimento a ser cumprido, aliás, deve ser por essa razão que é solicitado pelo edital que o atestado seja devidamente registrado no Conselho Profissional competente, se não o for, sem sentido se torna a exigência.

Logo, pressupomos que em decorrência da notória idoneidade do CREA jamais um registro poderia dar-se sem os respectivos serviços realizados. E falamos isso porque se o motivo da inabilitação da recorrente gira em torno da dúvida que paira ao órgão público acerca da dimensão do serviço executado, em consequência lógica decorrente dessa dúvida, a Comissão de Licitação deveria ter instaurado diligência junto ao CREA para que sanasse a dúvida, já que quanto mais

licitante devidamente habilitado, maior a probabilidade de a licitação alcançar seu fim que é a busca pela proposta mais vantajosa à administração pública. Se assim o fizesse, receberia a Comissão de Licitações do CREA o laudo que encontra-se anexo que consta no assento do registro do atestado apresentado.

A promoção de diligência é incentivada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Em diversas oportunidades, o TCU chega a indicar a obrigatoriedade da realização de diligências antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do licitante, conforme verifica-se abaixo:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário)

Vejamos também:

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 3615/2013 – Plenário)

Entretanto, contrário ao que fortemente recomenda o Tribunal de Contas da União decidiu a Comissão de Licitações em INABILITAR a recorrente de maneira precoce e injusta, criando regra não existente no edital e sem sequer promover diligência, contrariando o interesse público que mais uma vez, registre-se: é a busca pela proposta mais vantajosa para a administração pública. Anote-se que em decorrência de dúvida, não há motivos para que a recorrente tenha sido inabilitada, haja vista que a Comissão de Licitação não pode criar regra que não está prevista no instrumento de convocação e no caso em tela poderia perfeitamente ter instaurado diligência e verificado o perfeito cumprimento do edital.

Por outro lado, é importante notar que o poder de diligência somente se legitima quando fundamentada no alcance do interesse público, pela busca da proposta mais vantajosa ou ampla competitividade. Diante de tal argumentação, importante ressaltar que essa Comissão de Permanente de Licitações agiu em prejuízo ao potencial alcance a proposta mais vantajosa à administração pública e em decorrência disto descumpriu a legislação e jurisprudência pátria.

Todavia, é importante **REGISTRAR O ÓBVIO, OU SEJA, O EDITAL NÃO EXIGIU QUANTITATIVOS MÍNIMOS DE COMPROVAÇÃO DA EXPERIÊNCIA ANTERIOR**, se atendo apenas a solicitação da apresentação do atestado registrado no Conselho Profissional competente, de forma que exigir a comprovação do quantitativo por si só excede o

solicitado no instrumento convocatório, criando regra nova e prejudicando eventual licitante detentor da melhor proposta à administração pública.

Aceitar o argumento de que a licitante estaria inabilitada em face de situação não exigida no instrumento convocatório seria uma violação ao princípio da busca pela proposta mais vantajosa ao órgão, ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório e ao mesmo tempo um excesso de formalismo em um cenário que se criaria regra posterior ao edital não permitindo uma análise objetiva dos documentos apresentados.

Dessa forma, inabilitar a recorrida no presente certame é, além de temerário ao interesse público, afronta ao Edital do certame, no tocante ao item 5.1.2.2 ao que se refere a Capacitação Técnico-Profissional, além de **quebrar a isonomia do certame**.

Veja-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório está consagrado pelo art. 41, caput, da Lei 8.666/93, que dispõe, *in verbis*:

“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”.

O Edital torna-se lei entre as partes tornando-o imutável, eis que, em regra, depois de publicado o Edital, não deve mais a Administração alterá-lo até o encerramento do processo licitatório. Trata-se de garantia a moralidade, a impessoalidade administrativa e a segurança jurídica.

Nesse sentido, aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quando a Administração estabelece, no edital, ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial do da igualdade entre os licitantes, pois aquele que prendeu os termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2007.)

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho

Filho:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. **Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos.** Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

De igual modo, ao ferir-se o princípio da vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório, macula-se o certame como um todo o que não pode ser admitido por essa Comissão. Isto porque o referido princípio é a garantia dos demais por tratar-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público de que há regras iguais, impessoais, isonômicas e que atingem a todos, em observância a igualdade e a impessoalidade.

No mesmo sentido e direção, vale gizar que o instrumento convocatório é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto a dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.” (Lucas Rocha, FURTADO. Procurador-Geral do Ministério Público – Curso de Direito Administrativo, 2007, p. 416).

Luciana Chaves Freire Felix, procuradora federal, em um artigo intitulado “Da importância do Princípio da Vinculação ao Instrumento convocatório”, destaca:

Por derradeiro, importante salientar que, **em se tratando de norma constante de Edital, deve haver vinculação ao instrumento convocatório, sob pena de afronta ao próprio princípio da segurança jurídica.** Do contrário, seriam permitidas inúmeras alterações dos critérios de julgamento e da própria execução de seu objeto, perpetuando-se total insegurança de seus termos.

Cabe ainda ressaltar que existem Orientações e Jurisprudências do Tribunal de Contas da União concernentes a Vinculação ao ato convocatório:

Acórdão 932/2008 Plenário

Faça constar dos termos de contratos cláusula que estabeleça sua vinculação ao edital de licitação, conforme o art. 55, XI, da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 6979/2014 – Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN

A inabilitação com base em critério não previsto em edital e a ocultação de informações relevantes à habilitação dos licitantes ferem os princípios da legalidade, publicidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao disposto no instrumento convocatório.

Acórdão 0130/2014 – Plenário | Relator: JOSÉ JORGE

A adoção de critério de julgamento distinto daqueles constantes no edital, ainda que próprio das rotinas do Comprasnet, macula o certame.

Por fim, em caso idêntico a presente demanda, manifestou-se assim o TCU:

1 - Neste caso, a Qualificação Técnica não estava bem definida, vejamos o voto do parecer: “**configura restrição à competitividade da licitação a utilização de critérios**

inadequados de habilitação, a exemplo do ocorrido na Concorrência 2/2008-DA/L, na qual foram utilizados quantitativos mínimos, não previstos em edital, cuja execução os licitantes deveriam comprovar em suas propostas, o que afronta o art. 3º da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal”

Acórdão 2630/2011 – Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

As exigências de qualificação técnica devem ser objetivamente definidas no edital, sob pena de violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

A jurisprudência do STJ aduz:

“A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art.41) REsp nº 797.179/MT, 1ª T., rel. Min.Denise Arruda, j. em 19.10.2006, DJ de 07.11.2006)”
“Consoante dispõe o art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração encontra-se estritamente vinculada ao edital de licitação, não podendo descumprir as normas e condições dele constantes. É o instrumento convocatório que dá validade aos atos administrativos praticados no curso da licitação, de modo que o descumprimento às suas regras devesse ser reprimido. (MS nº 13.005/DF, 1ª S., rel. Min. Denise Arruda, j.em 10.10.2007, DJe de 17.11.2008).”

Assim sendo, vê-se que as regras editalícias são cogentes por força do Princípio da Vinculação ao Edital e seu cumprimento se faz necessário a fim de que se atenda ao Princípio da Segurança Jurídica e à legislação pertinente. Ademais o caso fático demonstra inequivocamente que a decisão da Comissão de Licitações em julgar INABILITADA a recorrente traz prejuízo ao órgão público, visto que tira da disputa licitante que amplia a possibilidade da obtenção da proposta mais vantajosa à administração pública.

Diante desses fatos, a Recorrente deve ser declarada HABILITADA, sendo isso o que se requer.

DOS PEDIDOS

EX POSITIS, a recorrente requer seja o presente recurso recebido com efeito suspensivo, culminando na **REFORMA** da decisão que **INABILITOU** a **RECORRENTE**, prejudicando o interesse público e em afronta aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e segurança jurídica, tendo como consequência a **HABILITAÇÃO da RECORRENTE** em virtude do cumprimento integral do Edital, inclusive ao Item 5.1.2.2, sob pena de ilegalidade decorrente de descumprimento ao artigo 41, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

Subsidiariamente, se não houver a reforma da decisão que INABILITOU a recorrida requer seja o presente recurso encaminhado para análise pela autoridade superior, conforme disposto no art. 109, §4º, da Lei 8.666/93.

Cocal do Sul/SC, 14 de fevereiro de 2022.

ERIKA BURATO DOS SANTOS

CPF sob o nº 082.456.439-12,