0097 Recurso empresa DDS

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE QUILOMBO/SC, POR INTERMÉDIO DA SRA. PREGOEIRA MAGALI SALETE DALMAZ

Processo n.º 142/2017

Pregão Presencial n.º 142/2017

DDS COMÉRCIO DE LIXEIRAS E PLACAS LTDA EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.299.150/0001-61, com sede localizada na Rua Rio de Janeiro, n.º 1195-D, Bairro Presidente Médici, Chapecó/SC, CEP 89.802-211, por seu representante legal já devidamente habilitado e qualificado neste certame, comparece de modo respeitoso a Vossa Excelência para com fundamento no art. 4.º inciso XVIII da Lei 10.520/02, apresentar suas:

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Que interpõe em face da decisão da Sra. Pregoeira Municipal Magali SaleteDalmaz, que durante a sessão pública do Pregão Presencial n.º 142/2017, decidiu por inabilitar a recorrente, o que fez sob fundamento equivocado, tudo como passamos a expor ao longo das presentes razões.

1. Das questões preliminares

Antecipadamente ao enfrentamento do mérito recursal, importante se faz trazer à discussão questões preliminares relevantes ao desenvolvimento lícito do presente certame e que merecem ser conhecidas antecipadamente.

1.1 Do efeito suspensivo recursal

Inobstante ao teor do item 7.4 do edital, pedimos vênia para que a Administração observe que embora o art. 11, inciso XVIII do Decreto n.º 3.555/2000, expresse que "*o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo*", o fato é que na prática

Protocolo Nº 2157/2018
RECEBIDO EM
04/01/2018 às 14:58hs
ASSINATURA

talredação pode levar a equívocos interpretativos viciando todo o procedimento licitatório, além de atentar em face dos princípios da administração pública.

Explicamos.

Diversamente ao que consta expresso no art. 11, XVIII do Decreto n.º 3.555/00, o recurso administrativo possui efeito suspensivo na medida em que a Administração é legalmente impedida de contratar com o licitante declarado vencedor até que ocorra o julgamento definitivo do recurso manejado. Tal disposição encontra-se expressa no inciso XX do mesmo art. 11 do Decreto n.º 3.555/00, bem como no art. 4.º, inciso XXI da Lei n.º 10.520/02. *In verbis*:

> XXI – decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

Portanto, em respeito à legislação vigente, bem como para se evitar nulidades futuras, pugnamos para que ao presente recurso seja atribuído efeito suspensivo, impedindo a adjudicação dos objetos, homologação da licitação e contratação até que não definitivamente decidido o presente recurso.

Com o intuito de complementar a fundamentação de nosso raciocínio, citamos a doutrina abalizada de Jessé Torres Pereira Junior:

> O Decreto nº 3.555/2000 veio declarar que o recurso contra ato do pregoeiro não terá efeito suspensivo (art. 11, XVIII). Inócua declaração. Se, de um lado, a interposição do recurso não impede a adjudicação pelo pregoeiro, impede, de outro lado, a homologação do procedimento pela autoridade, que, antes, terá de julgar o recurso. Mesmo que o pregoeiro adjudique o objeto ao proponente que classificou em primeiro lugar, a Administração não poderá contratá-lo enquanto não houver a homologação pela autoridade competente, e esta somente poderá homologar se julgar improcedente o recurso. Entre a adjudicação e a contratação, o procedimento estará paralisado à espera do julgamento do recurso e da homologação. Logo, o recurso tem, sim, eficácia suspensiva da contratação, a despeito do que afirma o decreto regulamentador.

> Ainda intrigante é a dicção do mencionado art. 11, XVIII, do Regulamento porque, adiante, o inciso XX descreve que, 'decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos procedimentais, a autoridade competente homologará a adjudicação para determinar a contratação'. Infere-se que enquanto a autoridade não decidir sobre os recursos e, após, não homologar o certame, não se passa à contratação. Logo, o recurso paralisa o procedimento, impedindo a prática dos atos subseqüentes à adjudicação – homologação e contratação – enquanto não for julgado. A isto se chama de eficácia suspensiva do recurso.E ainda haverá a hipótese, ladeada pelo inciso XX, de, dado provimento ao recurso, ordenar-se a repetição ou a revisão dos atos recorridos, ou mesmo, se for o caso, a anulação do pregão desde o seu início. Gratuita, destarte, a negativa da suspensividade. O recurso é desta portador, necessariamente. (*cf. in* Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 1071).

Assim, reiteramos pela concessão de efeitos suspensivos ao presente recurso.

1.2 Da nulidade do item 5.1, alínea 'f' do edital por deficiência de motivação

O segundo ponto preliminar ao conhecimento do mérito recursal esta afeto a completa nulidade do item 5.1, alínea 'f' do edital, o que ocorre em razão da inexistência de motivação prévia, causando afronta ao art. 3.º, inciso I e III, da Lei 10.520/02.

Explicamos.

O item 5.1, alínea 'f' do edital determina:

> 5.1. A empresa licitante deverá apresentar os seguintes documentos:
>
> (...)
>
> f) Certidão de Pessoa Jurídica emitida pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura eAgronomia – CREA, que também comprove vínculo do profissional que confereresponsabilidade técnica à empresa, com registro no CREA ou CAU.

Ocorre que de acordo com o art. 3.º, I, da Lei 10.520/02[1], compete à Administração, antes de lançar o edital de pregão, definir o seu objeto, **as exigências de habilitação dos licitantes**, os critérios de aceitação das propostas, as sanções e as cláusulas do contrato, **havendo tudo de ser devidamente justificado nos autos do processo administrativo**. Tal justificativa é grande relevância, tanto para a validade jurídica do certame, *afinal trata-se de ato vinculado*, quanto para se definir os critérios objetivos de julgamento. Além do que, o dever de justificar as exigências que constarão no instrumento convocatório é determinação expressa contida no inciso III, do art. 3.º, da Lei 10.520/02, *in verbis*:

> III - **dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados**, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; (grifo nosso)

Desta feita é exigível que as disposições do edital, além de serem previamente justificadas, **venham acompanhadas dos indispensáveis elementos técnicos sobre as quais se apoiarem as exigências**.

Assim, em prol da estrita legalidade exigida do ato vinculado, circunstancia que certamente pactuamos com esta Administração, verificamos que a exigência constante do itens5.1, alínea 'f' do edital, **carece da indispensável justificação na fase preparatória**, bem como da indicação dos elementos técnicos a que esta Administração se apoia para fazer a exigência. De modo que haverá tal requisito de ser suprimido do edital, sob pena de afronta à legalidade e a moralidade administrativa.

1.3 Da nulidade procedimental

Oportunamente, indicamos que após o envelope contendo os documentos de habilitação da recorrente ser aberto e esta ter sido equivocadamente declarada inabilitada a sessão foi encerrada após a manifestação da intenção recursal, olvidando-se a pregoeira de abrir o envelope de habilitação da licitante Sulmacro, cujos documentos não foram analisados pela recorrente.

---

[1] Art 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

Tal fato constitui evidente nulidade procedimental que impossibilita a declaração da licitante recorrida (Sulmacro) como vencedora do certame. Afinal seus documentos de habilitação não foram submetidos a aferição da recorrente durante a sessão pública do certame. Fato que causa nulidade ao procedimento.

2. Do mérito

Em que pese termos a certeza de que a questão preliminar exposta no item 1.2 deste é suficiente para conduzir a reforma da decisão recorrida, seja por reconsideração, seja por decisão da autoridade superior competente, temos em razão do princípio da concentração da defesa, o dever de trazer para o presente procedimento as razões de mérito que justificam apretensa reforma da decisão. O que fazemos pelos fundamentos de fato e de direito que passamos a expor.

2.1 Da impossibilidade de exigir obrigação não amparada em lei. Do cerceamento a competitividade.

Em complementação ao exposto no item 1.2 deste, convém chamar a atenção de queesta Administração, em nenhum momento do procedimento licitatório exigiu que os licitantes fossem fabricantes dos produtos licitados. Tal fato é de extrema relevância jurídica, isso porque possibilita que revendedores não fabricantes se habilitem e participem dopregão tudo conforme a melhor interpretação da legislação recomenda.

Ocorre que a possibilidade jurídica de *revendedores*, como é o caso da recorrente, participarem do certame não pode ser abatida através de exigências ilícitas que vem camufladasno edital, restringindo a competição e prejudicando o interesse público de contratar com a melhor proposta, tudo sem qualquer base ou fundamento técnico justificável.

Assim, partindo da premissa de que revendedores de produtos tem legitimidade para participar do pregão – *até por que se outra for a compreensão a licitação deve ser anulada, eis que a licitante Sulmacro também é revendedora, tanto que ofertou containers da marca Contemar e lixeiras da marca Novel* – temos que as exigências de habilitação devem ser razoáveis e compatíveis com tal condição.

Explicamos.

A interferência da administração no setor privado, apta a gerar obrigações,somente pode ser realizada através de lei, sendo esta compreensão a própria manifestação do princípio da legalidade insculpido no art. 5.º, II, da CF. Essa condição é relevante para identificar se a recorrente esta, ou não, obrigada a possuir vinculação jurídica com engenheiro responsável por suas atividades e registro junto as respectivas entidades responsáveis pela fiscalização do exercício das diversas profissões.

Regulamentando essa obrigação esta a Lei n.º 6.839/80, a qual em seu art. 1.º determina:

> Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, **em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros**. (grifo nosso)

Datada do segundo semestre de 1980, referida legislação já foi objeto de inúmeros julgamentos, firmando a jurisprudência compreensão interpretativa sólida sobre o assunto. Senão vejamos o seguinte julgamento:

> ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. OFICINA MECÂNICA. INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE SISTEMA DE GÁS NATURAL VEICULAR. DESNECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ENGENHEIRO MECÂNICO RESPONSÁVEL E INSCRIÇÃO JUNTO AO CREA/RS. 1. **Nos termos do art. 1º da Lei 6.839/80, a atividade básica da empresa ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros é que determina a necessidade de vinculação às entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões e a anotação dos profissionais legalmente habilitados**2. *In casu*, as atividades básicas da impetrante, mesmo que incluam a instalação e manutenção de componentes de sistema de GNV em veículos, não se enquadram nas atribuições arroladas na legislação como atividades privativas de engenheiro, logo, não ensejam a contratação de responsável técnico e, em consequência, a inscrição perante o CREA. 3. A Lei 5.194/66 não permite ao CONFEA

> ampliar o rol nela descrito e, tendo em vista o caráter meramente regulamentar das resoluções, não podem ir além da legislação federal, sob pena de afronta ao art. 5º, XIII da CF. 4. Apelação improvida. (TRF-4 - AC: 50652133620124047100 RS 5065213-36.2012.404.7100, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 26/03/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 27/03/2014, grifo nosso)

Nesta vereda, considerando que a atividade básica da recorrente é o **comércio atacadista e varejista de produtos diversos**, atividades que segundo a Lei n.º 5.194/66 não se enquadram entre as atribuições exclusivas de engenheiros, bem como considerando que a recorrente **não é fabricante de nenhum equipamento ofertado para esta administração**, mas sim e apenas revendedora, temos que a sua atividade, desenvolvida no presente certame, não se enquadra em nenhuma hipótese legal que lhe obrigue a manter registro junto ao CREA ou CAU, bem como esta desobrigada a manter profissional engenheiro como responsável por suas atividades.

Ora, se a lei em sentido estrito não obriga o registro da recorrente junto ao CREA ou CAU, muito menos pode a Administração Pública, através de procedimento licitatório criar aludida exigência como forma de possibilitar a contratação, tudo sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Além da violação ao princípio da legalidade, a eventual manutenção de aludida exigência denota a intenção velada de cerceamento da competitividade ou mesmo de direcionamento do objeto da licitação, eis que através dela fica de pronto a inabilitada a recorrente, muito embora seja ela a detentora da melhor proposta. Fato este que se mantido enseja representação ao TCE-SC e ao Ministério Público para apuração e responsabilização pelos atos ilícitos. Além da submissão do ato administrativo ao controle judicial de legalidade.

Por tais razões, pugnamos pela reconsideração da decisão recorrida de modo a habilitar a recorrente no certame e declarar-lhe vencedora. Caso a decisão não seja reconsiderada requer-se que o feito ascenda para julgamento pela autoridade superior competente.

2.2 Da incoerência da decisão recorrida e o formalismo exacerbado

Na evolução dos fundamentos que justificam a reconsideração/reforma da decisão recorrida insta indicarmos a total incoerência da exigência do item 5.1, alínea 'f' do edital.

Explicamos.

Inicialmente, reiteramos que a recorrente é apenas revendedora dos produtos ofertados, de modo que por não fabricá-los, esta dispensada de possuir registro junto ao CREA ou CAU. Fato que já foi largamente expostos.

Ocorre que não fosse suficiente tal condição temos queos containers cotados, são fabricados por grandes indústrias sendo que os licitantes apenas revendem aludidas marcas, logo, em nenhum momento participam eles da atividade produtiva. Esse fato é relevante na medida em que eventual engenheiro dos revendedores (licitantes) em nada se relaciona com o objeto representado (containers), cujos engenheiros responsáveis são os do fabricante. Logo é de todo irracional exigir que o revendedor detenha registro junto ao CAU ou CREA. De qualquer sorte, e inobstante a marca de container cotada pela recorrente possuir reconhecimento nacional, juntou a licitante os documentos que comprovam sua qualidade e responsabilidade técnica.

Já no que é afeto as lixeiras e seus suportes metálicos, a recorrente juntou ao feito o contrato de prestação de serviço que possui com a empresa que efetua a fabricação de aludido produto (suporte metálico) apresentando os registro daquela empresa junto ao CREA, bem como de seu Engenheiro Responsável. Logo, cumprida se faz a exigência legal de apresentação de responsável técnico pelo produto.

Assim, através de aludidos fatos, entendemos como irracional a exigência da Administração para que o licitante, detenha registro junto ao CREA ou CAU, eis que as atividades desenvolvidas por eles não se submete a aludidos registros e, a mercê da falta de técnica apresentada na elaboração do edital, dedicou-se a recorrente a comprovar que todos os produtos oferecidos à Administração, além de possuírem o melhor preço também cumprem com todos os requisitos legais, inclusive possuindo engenheiro responsável.

Desta forma, observadas as razões apresentadas, requeremos a reconsideração/reforma da decisão recorrida, visto que a exigência imposta representa formalismo exacerbado e não endossado pela legislação.

2.3 Dos documentos exigíveis dos licitantes

A Lei n.º 10.520/02 determina no inciso XIII do seu art. 4.º, que para a habilitação dos licitantes poderá ser exigidos documentos relativos à qualificação técnica das empresas licitantes. Vejamos:

> XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, ***quando for o caso***, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e **qualificações técnica** e econômico-financeira; (grifo nosso)

Como a Lei do Pregão deixa a cargo da Lei n.º 8.666/93 definir quais são os documentos exigíveis para a comprovação da qualificação técnica (art. 9.º), esta o faz por meio do seu artigo 30, o qual define quais são os documentos máximos que a Administração Pública pode exigir das pessoas que se propõem a licitar com ela.

In verbis:

> Art. 30. **A documentação relativa à qualificação técnica LIMITAR-SE-Á a**:
> I - **registro ou inscrição na entidade profissional competente**; (grifo nosso)

Assim, ocorre que conforme se demonstrou ao longo do presente recurso a recorrente não esta submetida à inscrição junto ao CREA ou CAU não podendo o edital, criar exigência que não encontra amparo na Lei. Logo, agindo a recorrente como verdadeira revendedora de produtos fabricados por terceiro, não esta ela submetida ao registro na entidade profissional, e por consequência se encontra dispensada de aludida comprovação. Por tal motivo, compreendemos que as exigências dos itens 5.1, alínea 'f'do edital **não possuemaplicabilidade em face da recorrente**. Motivo pelo qual merece reconsiderada/reformada a decisão recorrida.

2.4 Do ato de IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Diante dos fatos noticiados neste recurso, resta demonstrado que a Administração Pública comete grave afronta ao princípio da legalidade, eis que exige dos licitantes documentos cuja exigibilidade não possui previsão legal e servem como meio de limitar o caráter competitivo do certame, o que por via de reflexa importa prejuízo ao interesse público

de contratar com melhor proposta. Fato este que vem a dar causa a prejuízo ao erário público. Assim, a não correção dos atos identificados como ilegais por esta Administração (princípio da autotutela) **importa aos servidores e agentes** que eles praticaram as responsabilidades decorrentes da **Lei de Improbidade Administrativa** (Lei n.° 8.429/92), mormente quanto as conduta ilegais prevista no seu art. 10, inciso VIII ou art. 11.

Vejamos:

> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1° desta lei, e notadamente: (...) VIII - **frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente**; (grifo nosso)

E:

> Art. 11. **Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições**, e notadamente:

Embora estejamos certos de que as ilicitudes verificadas neste processo licitatório serão reparadas pela Administração, temos de anotar que as mesmas se tratam de graves afrontas ao processo licitatório, cuja manutenção pode trazer sérios prejuízos ao erário público, fato este que repercute na responsabilidade dos administradores perante a Lei de Improbidade Administrativa, a qual traz sanções gravosas aos administradores públicos (art. 12 da Lei 8.429/92[2]).

---

[2] Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;
II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Além do que, as ilicitudes apontadas, ante a sua gravidade, são impassíveis de convalidação e atentam contra direito líquido e certo da recorrente. Ensejando o direito subjetivo de levar a apreciação de aludidas disposições ao MP e ao Poder Judiciário.

3. Dos pedidos e requerimentos finais

Diante do exposto, requer-se:

a) Seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso; *subsidiariamente*, requer-se que nenhuma contratação seja realizada até o julgamento definitivo deste recurso;

b) Seja anulado o procedimento licitatório em razão da falta de motivação da exigência insculpida no item 5.1, alínea 'f' do edital;

c) Seja reconhecida a nulidade procedimental do certame em razão da não abertura do envelope de habilitação da empresa Sulmacro durante a sessão pública do certame, impossibilitando com isso a contratação com aludida empresa;

d) No mérito, pugnamos pela reconsideração da decisão recorrida o que requeremos pelos fundamentos expostos ao longo do presente recurso.

e) Caso a decisão não seja reconsiderada requeremos que o presente recurso ascenda para apreciação e julgamento pela autoridade superior competente, desde já pugnando a recorrente pelo seu provimento e reforma da decisão de modo a habilitar a recorrente e declara-la vencedora do certame, adjudicando-lhe o seu objeto;

f) Caso este recurso não seja provido, requer-se a obtenção de cópia integral do procedimento licitatório a fim de instruir procedimento judicial e de representação ao ministério público pela aparente pratica de atos de improbidade administrativa.

g) Para provar o alegado a recorrente pretende se valer de prova documental, pericial e testemunhal.

Nestes termos,

Pedimos deferimento.

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Chapecó/SC, 03 de janeiro de 2018.

DDS Comércio de Lixeiras e Placas Ltda
Valdemir Tussi