

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPIPOCA - CE

Ref: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 2022.01.15/PE

MORETTO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.305.610/0001-42, estabelecida na Av. Coronel Cícero Sá, nº 1400, Loja 2-B, Centro, Eusébio/CE, CEP 61.760-000, representado por seu sócio-administrador, LUIZ ROGÉRIO MORETO DE SOUZA, brasileiro, casado, empresário, inscrito no CPF sob o nº 304.599.728-71, vem, respeitosa e tempestivamente, na forma da legislação vigente, em especial o artigo 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002, e legislação correlata, opor as presentes **CONTRA-RAZÕES** ao **RECURSO ADMINISTRATIVO** interposto por **EMPRESA SERVIÇO DE AR CONDICIONADO IMPERIAL LTDA.**, CNPJ nº 35.959.058/0001-41, e assim o faz em conformidade com as razões de fato e de direito adiante despendidas:

1 - DOS FATOS

A petionária atua no ramo de Instalação e manutenção de sistemas centrais de ar condicionado, de ventilação e refrigeração, tendo adquirido, ao longo de sua experiência no mercado, respeitabilidade e credibilidade, atributos estes que lhe credenciaram e qualificaram para participar do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 2022.01.15/PE, promovido pelo Município de Itapipoca/CE, cujo objeto é o *"Registro de Preços para futura e eventual contratação de empresa especializada para prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, instalação, desinstalação e montagem de aparelho de ar condicionado, manutenção preventiva e corretiva em geladeiras, frigobares, geláguas, bebedouros, câmaras de resfriamento e freezers, com fornecimento de mão de obra, reposição de peças e ferramentas, para atender as demandas das unidades administrativas da Prefeitura Municipal de Itapipoca (CE)."*

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42



Consta nos registros do processo licitatório em questão que a ora Peticionária foi regularmente declarada vencedora no respectivo Certame, tendo em vista haver cumprido toda a disciplina legal e as regras e exigências editalícias, e ofertado o menor preço que garante tanto a exequibilidade da contratação, quanto a economia para a futura Contratante, assegurando, deste modo, a proposta mais vantajosa para o Órgão Licitante.

Ocorre que, inconformada com tal fato, a EMPRESA SERVIÇO DE AR CONDICIONADO IMPERIAL LTDA., interpôs o RECURSO ADMINISTRATIVO em deslinde, argüindo, diga-se de passagem, equivocadamente, em suma, que fora *inabilitada*, sob a alegação infundada de que descumpriu os ditames da cláusula 15.4.2 do Edital, *"por não apresentar os documentos solicitados que comprovem a veracidade da declaração de possuir responsável técnico na área de mecânica."*

Na realidade, engana-se a RECORRENTE ao acreditar que o Item 15.4.2, "e", do Edital, trata-se de uma medida que não se ajusta à finalidade da lei e à consolidada jurisprudência do TCU, visto que as exigências de capacitação técnico-profissional consignados neste item, encontram-se amparadas no inciso I do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, cabendo destacar que a apresentação do documento comprobatório ao atendimento às exigências editalícias em questão deve ser considerada na data prevista para entrega da proposta, conforme disposto no sobredito dispositivo legal. Desta forma, crível a DESCLASSIFICAÇÃO da RECORRENTE. Não obstante, fica evidente na peça recursal o inconformismo da RECORRENTE com a aplicação de tal cláusula editalícia, circunstância esta que deveria ter sido objeto de questionamento ao tempo e modo devidos, na seara da impugnação ao instrumento convocatório, e não no âmbito recursivo, do que decorre da imperatividade da aplicação do instituto da preclusão consumativa.

Ademais, como todas as exigências do Item 15.4 se impõem sob forma da apresentação de documentos, correta e razoável a concessão de prazo diligencial, por parte desse Pregoeiro, com supedâneo no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93, para que a Recorrente viesse a comprovar o atendimento a tal Item, não havendo, todavia, a possibilidade de se juntarem documentos novos em relação aos documentos habilitatórios que acompanharam a sua Proposta, dado que o supra aludido dispositivo legal enuncia que a diligência do condutor do Certame visa esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42



Diante disto, consoante adiante se deduzirá nos arrazoados jurídicos, a RECORRENTE, inconformada com o fundamento da legítima habilitação e classificação da Peticionária, acabou por lançar argumentos totalmente despiciendos de embasamento suficientemente capaz de fazer prosperar seu intento, causando, portanto, protelação injustificável do andamento regular do processo, o que decerto vem a causar prejuízos ao atendimento da necessidade pública invocada no objeto licitatório.

Destarte, compete a esta RECORRIDA, em nome da defesa da legalidade e da regularidade dos atos realizados no PREGÃO ELETRÔNICO Nº 2022.01.15/PE,, e da manutenção da proposta mais vantajosa a esse Órgão promotor do Certame, oferecer os esclarecimentos e contra-razões recursais adiante aduzidos:

2 – PRELIMINARMENTE - DA INADMISSIBILIDADE DO QUESTIONAMENTO À PERTINÊNCIA DE CLÁUSULA EDITALÍCIA NA VIA RECURSAL – MATÉRIA TÍPICA DO FEITO IMPUGNATÓRIO – APLICAÇÃO DA PRECLUSÃO CONSUMATIVA

A recorrente funda o litígio em grau de recurso administrativo, acerca de cláusula que estabelece exigências de qualificação técnica impostas aos licitantes, e que refletem necessidades essenciais da Administração Pública destinadas a assegurar a plena execução contratual.

Sem embargo, as regras editalícias ora postas ou não sofreram impugnação, ou se mantiveram imutáveis em face de resposta a impugnação oposta em tempo e modo indevidos, ou, em exame de mérito, com o indeferimento das arguições impugnatórias.

Desta forma, descabido suscitar questionamentos às condições e critérios estabelecidos e estabilizados no Edital, em sede de recurso administrativo, em face da aplicabilidade do instituto da **preclusão consumativa**.

A Preclusão é um fenômeno jurídico que ocorre diante do desenvolvimento de múltiplas relações entre o poder público e a sociedade, integradas em um processo.

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42



Tais múltiplas relações, que se sucedem em uma seqüência lógica de atos, visa precipuamente estabelecer a ordem, a celeridade e a segurança do processo. Daí, o objetivo maior da via processual é garantir o interesse público, tanto em matéria de ordem administrativa, quanto judicial.

A despeito disto, as briosas palavras do renomado jurista MARÇAL JUSTEN FILHO:

"Nesse sentido, a Lei determina que a revogação dependerá da ocorrência de 'fato superveniente devidamente comprovado'. Isso indica a inviabilidade de renovação do mesmo juízo de conveniência exteriorizado anteriormente. EM TERMOS PRÁTICOS, SIGNIFICA UMA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA ADMINISTRAÇÃO, CRIANDO UMA ESPÉCIE DE PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA. UMA VEZ EXERCITADA DETERMINADA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERIA REVER O ATO, SENÃO QUANDO SURGISSEM FATOS NOVOS. Na vigência da lei anterior, questionava-se a necessidade da superveniência de fatos novos para autorizar a revogação. Com a consagração expressa da posição adversa, fica afastada a tese de que 'o fato de a inconveniência ou da inoportunidade decorrer de critério adotado pela própria Administração não constitui qualquer obstáculo à edição de providências em sentido contrário'." (Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, São Paulo: Dialética, 2008, pág. 616) GRIFOS NOSSOS

Nesta esteira, o processo deve consignar elementos que assegurem a sua rigidez estrutural, a fim de que interesses particulares não perturbem a ordem, e ameacem a celeridade e segurança jurídica. Estes elementos se consubstanciam em normas de ordem pública, que são aquelas que protegem a forma processual, ordenando ou impedindo que se faça algo distinto daquilo que determinam.

Notório que a licitação se configura como um processo administrativo regido por normas de ordem pública, que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, e se presta a adjudicar tal proposta para o particular classificado em primeiro lugar, a fim de que o mesmo venha eventualmente celebrar contrato com o Órgão licitante.

Assim, a preclusão tem cabimento em processo licitatório quando a parte interessada deixa de praticar determinados atos processuais por não tê-los feito na oportunidade devida ou na forma prevista em lei, ou, os fazendo, já possui o devido pronunciamento, positivo ou negativo, do órgão ou entidade promotora do Certame, estabilizando a matéria sob o ponto de vista jurídico. Apenas quando os atos impugnados importem em descumprimento frontal das regras legais e editalícias disciplinadoras da

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ N°07.305.610/0001-42



licitação, ou importem em vício insanável passível de nulidade, é possível excepcionar a preclusão, o que não ocorre no presente caso, conquanto o ato impugnatório limita-se à interpretação das regras licitatórias, fato este já regularmente definido.

É fato é que existem alguns temas inibidores da incidência da preclusão, conforme se extrai do art. 53 da Lei nº 9.784/1999 e das Súmulas 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal – STF. Há determinadas normas de ordem pública regedoras da licitação que não podem ser transpostas seja pelo decurso de tempo, seja pela prática de ato anterior incompatível ou que tenha exaurido o que se pretende praticar.

No presente caso, cediço que a prescrição consumativa se operou pelo fato de a empresa Recorrente não ter suscitado a matéria em deslinde (ou não ter logrado êxito) na via impugnatória oportuna. Não há, em vista disto, como reconsiderar a decisão proferida no âmbito da demanda impugnatória, à guisa da ausência de amparo legal.

Vale salientar que somente seria admissível o afastamento da preclusão quando verificadas infringências a matérias de ordem pública e nulidade absoluta, o que não ocorreu no caso em deslinde, já que pesam contra o próprio procedimento tão somente ilações de falhas, que, por não atingirem a essência do processo, não implicam em qualquer nulidade absoluta capaz de merecer a interveniência judicante. Corroborando com este argumento, a nossa abalizada jurisprudência:

EMENTA: "DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. PRAZO EM DOBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 188 DO CPC. REJEIÇÃO. EMPRESA LICITANTE. COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA, ECONÔMICA E FINANCEIRA. CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS. EMPRESA DESCLASSIFICADA APÓS A FASE HABILITATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. **UMA VEZ PROCEDIDA A HABILITAÇÃO NAO PODE HAVER DESCLASSIFICAÇÃO POSTERIOR, SEM QUE TENHA OCORRIDO FATO NOVO OU SUPERVENIENTE.** INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 473 DO STF, CUJA ABRANGÊNCIA É RESTRITA AOS ATOS ADMINISTRATIVOS. LICITAÇÃO NAO É ATO, MAS PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SUJEIÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA PRECLUSÃO E DA SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 4º E 43. (TJBA, APL 3698022002 BA 36980-2/2002, Relator DELMARIO ARAUJO LEAL, Julgado em 29/04/2003, Câmara Especializada)

GRIFOS NOSSOS

Com isto, entende-se, data vênia, que ao não decidir de modo discricionário, arbitrário e intempestivo, e sem malferir razões de ordem pública e/ou questões de nulidade

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42



suficientes para a revisão do ato classificatório, o Pregoeiro agiu corretamente, sendo assertiva a desclassificação da Recorrente no Certame Licitatório indigitado.

3 – NO MÉRITO

3.1 - DO CABIMENTO DO RESULTADO DESCLASSIFICATÓRIO DA AVALIAÇÃO DA APTIDÃO TÉCNICA DA RECORRENTE, DE ACORDO COM CONDIÇÕES OBJETIVAMENTE DEFINIDAS NO EDITAL

Inobstante a inadmissibilidade da oposição à validade e exigibilidade das cláusulas editalícias na via recursiva, cumpre contra-arrazoar as divagações da Recorrente, substancialmente por apego ao debate.

Impende elucidar, *ab initio*, que a Administração deve, em primazia, observar os princípios basilares da licitação e dos atos administrativos, mormente o da legalidade, o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, dentre outros.

Tais princípios norteiam a atividade administrativa, impossibilitando o administrador de fazer prevalecer uma convicção de ordem subjetiva, e impõem ao mesmo o dever de pautar sua conduta segundo as prescrições legais e editalícias.

Assim sendo, surge para Administração, como corolário dos postulados supra, o dever de pautar seu julgamento segundo critérios objetivos previamente elencados no instrumento convocatório, evitando-se assim surpresas e subjetivismos na avaliação operada.

Descabe, portanto, excepcionar a interpretação ou aplicação das regras do edital licitatório meramente por convicção subjetiva de determinado licitante, ou desejo do mesmo pelo emprego de formalismos exagerados ou desnecessários ao Certame.

Perclaro que a higidez do processo de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, através do competente procedimento licitatório, deve preservar a igualdade das condições exigidas para que se perfaça a competição entre aqueles que detêm as condições necessárias de atender as exigências que o órgão ou entidade pública veio a referenciar com a finalidade de suprir as suas necessidades. É neste sentido que se

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br - CNPJ Nº07.305.610/0001-42



encontra estabelecida a norma fundamental sobre as contratações públicas em nossa Constituição Federal:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

No âmbito legal (Lei nº 8.666/93), o preceito constitucional supra mencionado traz normas disciplinares onde se mostra evidente a preocupação do legislador em ordenar aos agentes públicos que as regras licitatórias devem ser adequadas o suficiente para não comprometer, restringir ou frustrar a ampla competição possível. Veja-se o que nos informa o art. 3º de retro citado Diploma Legal:

^o
"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

^o
§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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,

^o
ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 30 da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br - CNPJ Nº07.305.610/0001-42



envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

~~I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;~~
(Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

§ 4º (Vetado).

§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br - CNPJ Nº07.305.610/0001-42



federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§ 9^o As disposições contidas nos §§ 5^o e 7^o deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7^o do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5^o poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

§ 13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5^o, 7^o, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros".



Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42

Diante disto, clarividente que os particulares que pretendem fornecer bens à Administração Pública devem formular suas propostas obedecendo às instruções indicadas no instrumento convocatório (edital).

Na mesma esteira, a Administração deve conduzir o processo licitatório de modo a respeitar os preceitos editalícios. Nesta e naquela hipótese, deve-se observância ao princípio da vinculação ao edital, conforme consubstanciado no art. 41 da Lei nº 8.666/93, abaixo transcritos:

"Art. 41 - A administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada."

Neste sentido, clarividente o ensinamento do mestre Hely Lopes Meireles (In Licitação e Contrato Administrativo, 14ª ED. 2007, p.39):

"A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam adstritos nos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas e ao contrato..."

Por tais razões, denota-se que os reclames do interesse público indicativos das especificações técnicas pertinentes e quantitativos adequados dos bens a serem adquiridos pela Administração, devem se encontrar estabelecidos expressamente no edital licitatório, sob pena de infringência aos arts. 3º e 41supra evidenciados.

Em outra dimensão, tem-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe à Administração a obrigação de julgar as propostas dos particulares sob o pálio de critérios objetivos, zelando, ainda, para que não sejam perpetradas alterações editalícias ou interpretações sob o enfoque de sua aplicação que malfirmam os princípios da ampla competitividade e isonomia.

Acerca do tema, já é assente na jurisprudência pátria que não só os documentos solicitados aos licitantes, mas também os requisitos e critérios relacionados às exigências habilitatórias e qualificatórias dirigidas aos mesmos, devem se deter aos estritos termos do instrumento convocatório. Ressalte-se, por igual, a vedação de inabilitação do licitante em face de interpretação impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Veja-se:

"EMENTA: "ADMINISTRATIVO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIA. INTERPRETAÇÃO. EDITAL DESCLASSIFICAÇÃO. 1. O princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, revela que ao magistrado cabe apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. 2. Em decorrência do princípio da vinculação ao

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br - CNPJ N°07.305.610/0001-42



instrumento convocatório, o edital do certame deverá conter as regras regulatórias do procedimento licitatório, as quais deverão ser observadas pela Administração Pública licitante e pelos proponentes em todos os seus termos e condições. 3. Qualquer requisito ou critério que não estiver claramente estipulado no edital não pode ser exigido dos proponentes na elaboração e apresentação das propostas e, de igual modo, não pode justificar a eventual desclassificação por parte da Administração licitante. 4. A interpretação das regras do edital não deve ser restritiva, isto é, o ordenamento jurídico regulador da licitação não admite a inabilitação de concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. 5. Recurso desprovido". (TJ-ES - AC: 24060012226 ES 24060012226, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 08/01/2008, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/02/2008)

3.1.1 – DO DESATENDIMENTO FLAGRANTE ÀS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA CONTIDAS NO ITEM 15.4 DO EDITAL

A qualificação técnica se dá pela via documental em primazia, e, consoante a necessidade técnica, por outros meios (amostra, teste de conformidade e/ou prova de conceito), quando definido previamente em lei ou no próprio instrumento convocatório.

Não raro, há órgãos e entidades que promovem suas licitações observando que as suas necessidades imprescindem da adoção de critérios mínimos de capacidade técnica e/ou capacidade operacional determinantes da qualificação do licitante, isto sem afrontar os princípios da isonomia e da vedação à restrição da competitividade.

Inobstante isto, o essencial é que o Atestado de Capacidade Técnica, assim como eventual outro documento qualificatório, retrate a real condição de compatibilidade do acervo profissional do licitante frente ao produto/serviço que se põe a licitar.

In casu, impende elucidar que a RECORRENTE deixou de atender ao disposto no Item 15.4.2 do Edital, cuja redação segue logo abaixo transcrita:



Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42

15.4. Capacidade Técnico-Profissional: Comprovação de que a empresa possui em seu quadro, na data prevista do certame, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pelo Conselho competente, cujo nome deverá constar na Certidão de Acervo Técnico (CAT), emitida pelo aludido Conselho, detentor de Atestado de Responsabilidade Técnica por execução de obra ou serviço já concluído, de características semelhantes às do objeto do edital.

15.4.1. Quando a CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO emitida pelo conselho competente não explicitar com clareza os serviços objeto do Acervo Técnico, esta deverá vir acompanhada do seu respectivo Atestado, devidamente registrado e reconhecido pelo Conselho competente.

15.4.2. No caso do profissional não constar da relação de responsável(is) técnico(s) junto ao respectivo Conselho, o acervo do profissional será aceito, desde que ele comprove vínculo com a empresa através de um dos seguintes documentos:

a) Cópia autenticada da Carteira de Trabalho ou "FICHA/LIVRO DE REGISTRO DE EMPREGADOS", onde se identifiquem os campos de admissão e rescisão, juntamente com o Termo de Abertura do Livro de Registro de Empregados, quando se tratar de empregado, OU;
b) Cópia autenticada do CONTRATO SOCIAL ATUALIZADO, ou do ÚLTIMO ADITIVO DO CONTRATO, devidamente registrados na Junta Comercial, quando se tratar de sócio de empresa, ou por CERTIDÃO SIMPLIFICADA DA JUNTA COMERCIAL, onde conste essa informação OU;

c) Cópia autenticada do CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DOS PROFISSIONAIS junto a empresa, quando se tratar de prestador de serviço;

d) Quando se tratar de responsável técnico, através da Certidão de Registro e Quitação de Pessoa Jurídica ou documento equivalente, emitido pela entidade de Classe onde conste o nome do profissional como responsável técnico da licitante;

e) Disponibilizar um técnico na área de mecânica devidamente registrado no C.R.C.F., com carga horária presencial de 40 (horas) semanais nos locais de execução dos serviços, tendo em vista que, locais sensíveis que não podem permanecer sem manutenção por longos períodos, possam receber atendimento em no máximo 02 horas.

Cediço que a Recorrente, ao não demonstrar possuir na data da apresentação da proposta o profissional técnico na área de mecânica, descumpriu cláusula editalícia explícita que determinou exigência de capacitação técnico-profissional dos licitantes em estrita consonância com as disposições legais afetas à matéria, consoante extraído da dicação do art. 30, logo a seguir transposto:

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42

de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - (Vetado).

a) (Vetado).

b) (Vetado).

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado).

I - (Vetado).

II - (Vetado).

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

§ 11. (Vetado).

§ 12. (Vetado)."

Grifos acrescidos.

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42



Veja-se que a exigência fundada no Item 15.4.2 do Edital encontra-se amparada no inciso I do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, cabendo destacar que a apresentação do documento comprobatório ao atendimento de tal exigência deve ser considerada na data prevista para entrega da proposta.

Reputado entendimento repercute na doutrina especializada com muita contundência, a despeito da aferição da compatibilidade da comprovação da experiência do licitante à definição de características, quantitativos e prazos de fornecimento de produtos/serviços. Observe-se o que nos ensina CARLOS PINTO COELHO MOTTA, in Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149, para reforçar a sua interpretação do art. 30, cita na íntegra as seguintes conclusões do Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral, no seu parecer intitulado "Qualificação Técnica da empresa na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos", separata da Revista Trimestral de Direito Público, nº 5, Malheiros Editores:

"(...) A Lei 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o inciso II do art. 30, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Quanto à "capacitação técnico-profissional".

Ao descumprir a exigência supra, a Recorrente deixa de comprovar o atendimento a fator essencial à verificação da sua capacidade técnica, visto que o Edital determina as condições substanciais para apurar a aptidão do licitante executar o futuro contrato sem riscos.

O desatendimento de tais exigências editalícias desperta, portanto, a aplicação do disposto no **Item 9.9** do Instrumento Convocatório, cujo teor segue abaixo transcrito:

9.9. Serão desclassificadas as propostas que conflitem com as normas deste Edital ou da legislação em vigor.

De mais a mais, o e. TCU já perfilhou entendimento na esteira de se conceber que o serviço licitado de engenharia, especialmente o relacionado à manutenção de equipamentos afetos à atuação do profissional da respectiva área, apresenta características

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42



padronizadas e se encontra disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio. Neste sentido, o Acórdão TCU 874/2007 - Segunda Câmara:

"Decisão Normativa CONFEA nº 042/92, é mais explícita na caracterização dos serviços de manutenção de ar condicionado como serviços de engenharia, mesmo quando realizado apenas por técnicos de 2º grau".

Em suma, no tocante ao instrumento Convocatório do Certame ora sob comento, vislumbra-se **haver permissivo legal para o estabelecimento de exigência de capacitação técnico-profissional apta a determinar a comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta**, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, **inclusive o técnico na área de mecânica, profissional este indispensável à demonstração da aptidão do licitante para o objeto em disputa.**

Pontua-se que os Editais Licitatórios usualmente publicizados pelo Poder Público, em outros órgãos / entidades, vem trazendo consigo teor igual ou similar à exigência contida no Item 15.4 do Edital, de sorte que tal exigência não viola a legalidade, tampouco a isonomia, a despeito de consignar requisito essencial à execução do contrato, requisito este que deve ser comprovado no ato da apresentação da proposta, sob pena de frustração da seleção da oferta mais vantajosa, com a celebração de contrato com entidade inapta, causando, por conseguinte, relação anti-econômica e desarticulada com as boas práticas da Administração Pública (considerando o risco potencial de rescisão de contrato, abrindo lacuna para falta de cobertura contratual ou para contratação emergencial).

Além disto, a exigência de diplomas, certificados ou comprovantes afins que demonstrem a experiência do (s) profissional, tem amparo no referido art. 30, §1º, I, da Lei nº 8.666/93. A propósito, em voto conduzido pelo Exmo. Relator do Processo TCU RP 01254820197, RAIMUNDO CARREIRO, extrai-se o seguinte:

"REPRESENTAÇÃO. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO/PB. TOMADA DE PREÇOS 1/2019. REGISTRO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL EM CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. PRECEDENTES. PARCIAL PROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. (...) Distintas são a capacidade técnico-operacional e a capacidade técnico-profissional de uma empresa. A primeira é uma exigência referente aos atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial, logo, é um atributo da pessoa jurídica. Já a segunda se relaciona com a existência de profissionais com acervo técnico compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado. O acervo técnico é toda

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42



a experiência do profissional por ele adquirida ao longo de sua vida, compatível com suas atribuições, desde que registrada a respectiva responsabilidade técnica – ART nos Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia, conforme art. 47 da Resolução 1.025/09, do Confea. O mencionado acervo técnico é obtido por meio de Certidão de Acervo Técnico – CAT”. (TCU - RP: 01254820197, Relator: RAIMUNDO CARREIRO, Data de Julgamento: 07/08/2019, Plenário)

Ou seja, o acervo da documentação de comprovação de aptidão técnica da Recorrente destoa das condições determinantes da execução do objeto do Pregão *sub oculi*, desacompanhando, portanto, a disciplina do art. 30, §1º, I, da Lei nº 8.666/93.

Assim sendo, imperiosa a DESCLASSIFICAÇÃO/INABILITAÇÃO da RECORRENTE, a par da incompatibilidade/insuficiência da sua documentação de comprovação de qualificação técnica em relação às condições apontadas no Item 15.4 do Edital.

3.2 – DA IMPOSSIBILIDADE DA JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO POSTERIORMENTE À APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA, EM SEDE DE DILIGÊNCIA DO PREGOEIRO

Oportuno frisar que a juntada de documento novo, em momento posterior à apresentação da proposta, fere de morte o permissivo contido no art. 43, §3º da Lei nº 8.666/93, dispositivo este que claramente veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, consoante dicção logo a seguir transcrita:

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

(...)

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

Grifos nossos

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br - CNPJ Nº07.305.610/0001-42



Com efeito, a apresentação de CTPS/Contrato de prestação de serviços do responsável técnico, assim como qualquer documento que comprove a vinculação ao licitante de técnico na área de mecânica, após a apresentação da proposta, é descabida, pelo fato das exigências das alíneas "a", "b" e "e" do Item 15.4.2 do Edital se portarem como condições independentes entre si e em face das demais exigência de qualificação técnica alinhadas no Item 15.4.

Não há, em vista disto, como convalidar o ato de "correção" do documento sob comento por eventual diligência a destempo diante do permissivo preconizado pelo no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93.

3.3 - DO NÃO ENQUADRAMENTO À APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO – A RECORRENTE SUCUMBIU A CONDIÇÕES EDITALÍCIAS NECESSÁRIAS E RELEVANTES À VERIFICAÇÃO PLENA DOS REQUISITOS QUALIFICATÓRIOS

A RECORRENTE invoca, direta ou indiretamente, a prática do Princípio de Formalismo Moderado, ao argumentar que é possível haver flexibilização da Comissão Licitante para envidar ações de descarte ou desprezo de determinadas exigências contidas no Item 15.4 do Edital.

Cabível ressaltar, entretanto, que a Administração Pública deve sempre, em nome e diante do interesse público, preservar as propostas que efetivamente consubstanciem fatores relevantes à verificação da habilitação e aptidão técnica do licitante vencedor.

Quanto ao Princípio do Formalismo Moderado, que excepcionalmente dirige a Administração para a não adoção de rigores excessivos o suficiente para afrontar a segurança jurídica, o mesmo somente se perfaz pertinente quando se constata ser algum documento ou condição diligencial do licitante irrelevante para a seleção da melhor proposta. Referenciado entendimento ecoa na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), senão vejamos:

Acórdão nº 2302/2012-Plenário

"Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ N°07.305.610/0001-42



que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências". *Grifos nossos*

O posicionamento do TCU logo acima evidenciado, fez-se repercutir em diversos tribunais judiciais, tais quais os logo abaixo explicitados, mediante as seguintes ementas:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE OXIGENOTERAPIA. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO ANVISA. EDITAL. NÃO EXIGÊNCIA. (...) 3. Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados. 4. Recurso especial não provido" (STJ. REsp 1190793/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010). Também é este o entendimento desta 5ª C. Cível: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 036/2016. FASE DE HABILITAÇÃO. NEGATIVA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO EXIGIDO PELO EDITAL. FALHA SUPRIDA POSTERIORMENTE PELO PREGOEIRO. FINALIDADE DA APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO ATINGIDA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO EXCESSO DE FORMALISMO. APEGO À FORMA E À FORMALIDADE QUE NÃO PODE INVIABILIZAR A LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. RECURSO PROVIDO. (...) De fato, a eliminação da empresa por mera **irregularidade formal na documentação**, na proposta ou, ainda, a exigência de documento que possa ser substituído por outro de igual eficácia, viola frontalmente os princípios da razoabilidade e da ampla concorrência por excesso de formalismo. (...) Em estrita observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade a Administração Pública deve sempre, de um lado, buscar atender ao interesse público e, de outro, à finalidade específica. Isto é, o desencadear de um procedimento licitatório deve sempre culminar em fins específicos e determinados, evitando, sempre que possível, formalidades excessivas e exigências desnecessárias. (...) O apego às formalidades demasiadas acaba por frustrar a celeridade das contratações. De mais a mais, a observância irrestrita às cláusulas editalícias, em alguns casos, acaba por tornar ineficaz o procedimento licitatório como um todo. Ainda, Hely Lopes Meirelles, em "Licitação e Contrato Administrativo", entende que: "é inadmissível que se prejudique um licitante por meras omissões ou irregularidades na documentação ou sua proposta (...) por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da licitação". 2 Igualmente, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, se o ato atingiu a sua finalidade sem causar prejuízos às partes, não há fundamento para anulá-lo" (TJPR - 5ª C.Cível - AI 1580427-6 - Lapa - - Rel.: Des. Carlos Mansur Arida- J. 13.12.2016) (grifo nosso).

###

"Os vícios formais encontrados no edital de licitação que **não causem prejuízos aos particulares nem ao interesse público** podem ser reparados pela Administração, sem que isso importe em nulidade do ato convocatório ou do certame" ((STJ - AgInt

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br - CNPJ Nº07.305.610/0001-42

no RMS: 63878 DF 2020/0160902-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 10/08/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2021, citando o Acórdão RMS 28.927/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010) Grifos nossos

Atente-se para o fato de que a ausência da apresentação de documentação comprobatória de requisito de qualificação técnica não se enquadra na espécie "simples omissão ou irregularidade formal", visto que a inaptidão técnica configura requisito material, imprescindível à verificação da capacidade de execução do contrato. Logo, não se há que cogitar o emprego do princípio do formalismo moderado.

Sem embargo, a desclassificação da RECORRENTE absolutamente não traz consigo qualquer pecha de formalismo exagerado, senão conduta adstrita ao PRINCÍPIO DO FORMALISMO PROCEDIMENTAL, preceito fundamental dirigente dos atos administrativos, e que não se confunde com o formalismo inútil e desnecessário, consoante testificado nas briosas palavras do mestre HELY LOPES DE MEIRELES:

"Procedimento formal significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que a regem em todos os seus atos ou fases. (...) Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências (...)". (in Licitação e Contrato Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 36, 37)

O preceito do formalismo procedimental evita, assim, o descumprimento e/ou a alteração das regras licitatórias no decurso do processo, em prejuízo dos competidores ou da Administração e interesse público.

3.4 - DO REGULAR TRATAMENTO ISONÔMICO OUTORGADO A RECORRENTE E RECORRIDA

Entende a doutrina pátria que a perpetração do princípio da isonomia depreende a interação de duas diretrizes primeiras, quais sejam: "o dever de atendimento ao interesse público, tendo o administrador a obrigação de agir de forma impessoal e que a atividade administrativa exercida pelo agente público seja imputada ao órgão". FERNANDA MARINELA, in Direito Administrativo, 6. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2012, p. 34). E

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42

continua a epigrafada autora: *"isonomia significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades"* (op. cit, pag. 47).

Assim sendo, o agir impessoal da Administração licitante invoca a oportunidade dada aos licitantes de concorrerem em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Neste diapasão, o STF:

"A Constituição do Brasil proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do art. 19. **3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração.** Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. **A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendem acesso às contratações da Administração.** 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. (...) (Partes da Ementa proferida na ADI 3.070/RN, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgamento 29.11.2007, DJ: 19.12.2007, p.13, grifos no original).

Como já dito, a RECORRENTE simplesmente foi omissa na apresentação de documentação comprobatória de todos os requisitos de qualificação técnica exigidos no Edital.

Desta maneira, não é plausível equiparar a situação da Recorrente e da Peticionária na dinâmica do processo licitatório em deslinde, visto que a última efetivamente veio a cumprir todas as exigências de qualificação técnica delineadas no Instrumento Convocatório, não sendo pertinente, pois, para efeito de aplicação da principiologia da isonomia, a acusação de violação de tal princípio, e, sobretudo, descabida a insinuação de suposta vantagem à Peticionária.

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ N°07.305.610/0001-42



A propósito, mais uma vez recorremos à soberana jurisprudência do STF, em recentíssimo julgado, para esclarecer que, no presente caso, não ocorreu qualquer infringência aos preceitos da isonomia e impessoalidade. Veja-se:

EMENTA: "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerada pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Vício inexistente. Isonomia e impessoalidade. Princípios correlatos do dever de licitar. Ofensa não configurada. Caráter personalíssimo ou natureza intuitu personae dos contratos administrativos. Superação da tese. Finalidades do procedimento licitatório. Seleção da proposta mais vantajosa, com respeito à isonomia e à impessoalidade. Garantia institucional. Possibilidade de alteração contratual objetiva e subjetiva. Concessões públicas. Peculiaridades. Caráter dinâmico e incompleto desses contratos. Mutabilidade contratual. Pressuposto de estabilidade e segurança jurídica das concessões. Finalidade da norma impugnada. Medida de duplo escopo. Transferência da concessão X subconcessão dos serviços públicos. Distinção. Formação de relação contratual nova. Improcedência do pedido. 1. A concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza intuitu personae "reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente" (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005). 2. Em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato. 3. O princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. Então, a identidade do particular contratado não é relevante por si mesmo, devendo ser considerada apenas e tão somente na justa medida em que representa o preenchimento dos requisitos objetivos e previamente definidos, previstos na lei e no edital do certame. 4. É a proposta mais vantajosa que, prima facie, vincula a Administração. Mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de se zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos. 5. Tendo em vista que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, só é possível cogitar a estabilidade econômica e segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual. Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural – e até salutar – que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual. As transferências da concessão e do

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ Nº07.305.610/0001-42

controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado, são exemplos de institutos dessa natureza. 6. Os contratos de concessão seguem uma modelagem própria e inovadora, distinta do padrão de contratação previsto na Lei nº 8.666/93. Não há na Constituição brasileira de 1988 fundamento que ampare a suposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. Existem regimes diversos de contratação administrativa que convivem paralelamente e de forma pontualmente subsidiária, não havendo embates entre os modelos previstos nas Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95. 7. A norma impugnada é uma "via de mão dupla", porque, "por um lado, busca equacionar a rigidez do contrato com a dinâmica do mundo negocial (...); por outro, assegura à Administração Pública o controle da regularidade desse ato". Trata-se de norma de duplo escopo, que institui a anuência da Administração Pública como relevante prerrogativa de verificação da regularidade da avença havida entre particulares, em prol do interesse público. 8. Mesmo no tocante aos serviços públicos, a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível. Ao contrário. Os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, caput, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo ao legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de privilegiar a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação. 9. Do cotejo da norma impugnada com o parâmetro constitucional de controle, verifica-se que eles se referem a momentos distintos da contratação, possuindo diferentes âmbitos de incidência. O art. 175 da Constituição exige a realização de licitação para a outorga inicial da prestação dos serviços públicos a particulares. Enquanto isso, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 só se aplica após licitada a prestação do serviço público e formalizado o respectivo contrato de concessão. É no decorrer da execução contratual, e havendo anuência do poder concedente, que se procede à transferência da concessão ou do controle societário. 10. O ato de transferência da concessão e do controle societário da concessionária, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.987/95, não se assemelha, em essência, à subconcessão de serviço público prevista no art. 26 do mesmo diploma, justificando-se o tratamento legal diferenciado. Diversamente da transferência da concessão ou do controle acionário, que não dá início a uma relação jurídico-contratual nova e mantém intacta a base objetiva do contrato, a subconcessão instaura uma relação jurídico-contratual inteiramente nova e distinta da anterior entre o poder concedente e a subconcessionária. 11. Na espécie, não se constata a alegada burla à exigência constitucional de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, constante do art. 175 da CF, a qual é devidamente atendida com o certame levado a cabo para sua outorga inicial e cujos efeitos jurídicos são observados e preservados no ato de transferência mediante a anuência administrativa. Também não se pode cogitar afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. **No procedimento licitatório, a isonomia se concretiza ao se proporcionar a todos os particulares interessados em contratar com a Administração a faculdade de concorrerem em situação de igualdade. A impessoalidade, por sua vez, decorre da observância de regras objetivas e predefinidas na lei e no edital do certame para a seleção da proposta mais vantajosa, bem como para o escrutínio das características inerentes ao futuro contratado.** 12. Não faz sentido exigir que o ato

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br - CNPJ Nº 07.305.610/0001-42



de transferência do art. 27 da Lei nº 8.987/95 observe os princípios da isonomia e da impessoalidade. A anuência é matéria reservada ao Administrador e pressupõe o atendimento de requisitos bem específicos. A par disso, a operação empresarial sobre a qual incide a anuência é, tipicamente, um negócio jurídico entre particulares e, como tal, é disciplinado pelo direito privado. O concessionário, como agente econômico que é, pode decidir sobre seus parceiros empresariais conforme critérios próprios. Não há, portanto, espaço para aplicação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais são típicos da relação verticalizada que possui uma entidade estatal em um dos polos. 13. Pedido julgado improcedente. (STF - ADI: 2946 DF 0002755-06.2003.1.00.0000, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 09/03/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/05/2022)

Posto isto, o resultado de DESCLASSIFICAÇÃO da Recorrente apoiou-se no descumprimento das premissas claras e objetivas contidas nos itens do Instrumento Convocatório inerentes à qualificação técnica dos licitantes, observando-se, pois, o disposto nos art. 40, VII, c/c art. 44, da Lei nº 8.666/93, dispositivos estes logo abaixo transcritos:

"Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

###

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei".

4 – DAS CONCLUSÕES E PEDIDOS FINAIS

Ante o exposto requer desse (a) digníssimo (a) Pregoeiro (a) oficial o conhecimento da presente peça **contra-recursal**, para que, acolhendo-a, venha a julgá-la totalmente **provida**, pugnando, portanto, pela manutenção integral da decisão que veio a DESCLASSIFICAR a RECORRENTE, reafirmando a proposta de preços vencedora do Certame apresentada por esta PETICIONÁRIA, dando, assim, continuidade ao procedimento, seguindo-se à adjudicação, homologação e contratação respectiva, respeitando, sobretudo, os princípios da legalidade, da isonomia, da equidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Moretto Construções e Serviços Eireli

Av. Coronel Cicero Sá, Centro, nº 1400, Sala 2, Eusébio - CE, CEP: 61.760-000

Tel.: 85 9642.0401 / 99822.3154 E-mail: moretto@morettomaquinas.com.br- CNPJ N°07.305.610/0001-42





Eusébio/CE, 22 de dezembro de 2022.

Aguarda deferimento.

Moretto Construções e Serviços EIRELI
Luiz Rogerio Moreto de Souza
Sócio Administrador
CPF: 304.599.728-71