

AO MUNICÍPIO DE TREZE TÍLIAS – SC.

DIGNÍSSIMO PREGOEIRO.

**EXMO. SENHOR PREFEITO MUNICIPAL E AUTORIDADE MÁXIMA DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO.**

**PROCESSO LICITATÓRIO Nº 99/2018.
EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 99/2018.**

OBJETO: contratação de empresa especializada para execução dos serviços de engenharia sanitária de limpeza pública no perímetro urbano do Município de Treze Tílias – SC.

Data abertura: 18 de dezembro de 2018.

A empresa **LIDER MATERIAIS ELETRICOS EIRELI - EPP**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob nº 00.521.103/0001-05, estabelecida na Rua 29 de julho, 224 sala 01, CEP 89.700-00, no município de Concordia, Estado de Santa Catarina, por intermédio de seu administrador Senhor Antônio Fernando Franchin, CPF/MF: 477.062.959-15, vem, com respeito e urbanidade, dentro dos prazos legais, nos termos do artigo 109, da Lei 8.666/93, bem como, no art. 4º inciso XVIII, da Lei 10.520/02, apresentar razões do RECURSO ADMINISTRATIVO contra atos e decisões do Excelentíssimo Senhor Pregoeiro do Município, expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir deduzidos:

I – BREVE HISTÓRICO.

O Pregoeiro, antes mesmo de analisar qualquer documento da requerente, recebe das mãos do representante da concorrente documento e a orientação do representante da concorrente que tratava-se de declaração de proibição da requerente licitar com a “administração pública” ou seja, em todo o território nacional, e, mesmo sem ouvir os argumentos do representante da requerente, e também, sem fazer qualquer diligência para verificar se a autenticidade do documento ou seu teor, concordou com o que foi alegado pelo representante da concorrente, em ato extremamente atípico, inverte as fases do pregão e, em seus termos “desabilita” a recorrente. O representante da requerente, literalmente travou uma batalha para tentar registrar em ata seus argumentos, porém até isso lhe foi proibido. Assim o Pregoeiro abre o envelope da única proponente, verifica valores e abre prazo de recurso.

II – DA VINCULAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

2.1 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

As ações dos agentes públicos estão vinculadas às disposições constitucionais que regulamentam toda a atividade administrativa, conforme decorre do art. 37, *caput* da 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Desta forma os agentes públicos, devem obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre uma série de outros.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

“deve-se, desde logo, começar por frisar que o próprio Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se, em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submetido aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de ‘poder’ discricionário”.(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2. ed., p. 10-11.)

Destarte, ao agente público só é possível agir com base na lei, em seus exatos limites e disposições, sob pena de ilegalidade e improbidade administrativa.

2.2 - PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE.

Nesta esteira, encontramos o princípio da economicidade, art. 70, caput, da Constituição Federal o qual vincula o agente público ao bom emprego do erário, em detrimento do preciosismo exacerbado, nocivo à contratação pública.

Régis Fernandes de Oliveira¹ leciona: “economicidade diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício. ”

A Fundação Getúlio Vargas — SP² concluiu que “economicidade tem a ver com avaliação das decisões públicas, sob o prisma da análise de seus custos e benefícios para a sociedade, ou comunidade a que se refere. ”

¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. Manual de Direito Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 94.

² Fundação opina sobre conceitos de economicidade e operacionalidade, revista do TCE/MT, nº 10, ago/1989, pp. 49/58.

2.3 - PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

Para traduzir nosso pensamento, sobre eficiência na administração pública, preceito esculpido no art. 37, *caput* da Carta Magna, trazemos o conceito do *princípio da eficiência* posto por ALEXANDRE MORAES³:

"Assim, *princípio da eficiência* é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, **sem burocracia** e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social."
(Grifamos)

O princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza que o ente político-administrativo responsável pela tomada de decisão, relativa a gastos ou investimentos públicos "vis-à-vis" o conjunto dos resultados, como ganhos ou perdas sociais, evite a despesa pública antieconômica e o conseqüente e irremediável prejuízo social, sobrepondo sua decisão ao excesso de zelo.

Assim percebemos que para colimar a melhor contratação o gerente da coisa pública, deve respeitar os princípios constitucionais da legalidade, economicidade e da eficiência desprezando assim a burocracia, o excessivo zelo, o preciosismo, incrustado e do corolário lógico dos princípios da eficiência e da economicidade, previstos no art. 37, *caput*, e 70, *caput*, da Constituição Federal, bem como da exigência de responsabilidade fiscal, planejando a despesa e adequando-a as previsões orçamentárias e financeiras da Administração Pública, conforme preconiza a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Desta forma, o afastamento de possível licitante por formalismo, ou exigência que direcione a licitação a poucas empresas, não atende aos princípios da

³ MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 30.

economicidade e da eficiência, por conseguinte ao princípio da legalidade, haja vista o foco na contratação mais vantajosa.

III – DO DIREITO.

Sempre é relevante lembrar que a doutrina e a jurisprudência têm repudiado o **formalismo excessivo, exacerbado**, em interpretações e posturas que, apegadas a meras inconformidades passíveis de convalidação, são irrelevantes e não causam prejuízo a terceiros.

No Informativo de Licitações e Contratos (Ed. Zênite, junho de 2004, p. 532/533), o Doutor Joel de Menezes Niebuhr, publicou parecer que trata do assunto, vejamos o fragmento seguinte:

*Em que pese a fundamental associação entre licitação pública e formalidade, a Administração não deve **obstaculizar a participação no certame de empresas aptas a cumprirem satisfatoriamente o objeto do futuro contrato**. Nesse sentido, o inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é preciso ao vedar aos agentes públicos **"admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato."** (Destacamos)*

*E isso porque um dos princípios basilares da licitação pública é o da competitividade, cuja dicção **"significa a exigência de que a Administração Pública fomenta e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados**, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhes serão encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa para o interesse público." (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000. p. 107). (grifo nosso)*

Nesse sentido, é válido considerar que, o rol dos documentos de habilitação e os critérios de julgamento, não podem ser restritivos e caso exista algum problema na licitação relativa a documentos ou proposta, que possa comprometer a regular execução do objeto, o Pregoeiro, não desejando confirmar tal situação nos demais documentos apresentados pela recorrente, deverá baixar diligência para apurar, conforme determina o art. 43, §3º da Lei nº 8.666/93, fato que não aconteceu no caso em questão, onde a recorrente foi sumariamente “desabilitada”.

O Tribunal de Contas da União proferiu julgado com determinação à entidade pública para que o responsável pela condução do certame promova diligências para esclarecer os fatos e confirmar o conteúdo de documentos licitatórios. Eis a ementa do Acórdão 3418/2014, do Plenário:

“REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES OCORRIDAS NA CONDUÇÃO DE CERTAME. INCERTEZAS SOBRE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE LICITANTE. NÃO UTILIZAÇÃO DO PODER-DEVER DE REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA SANEAR AS DÚVIDAS QUANTO À CAPACIDADE TÉCNICA DA EMPRESA. PRESERVAÇÃO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO QUE SE ENCONTRA EM FASE DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO.

1. O Atestado de Capacidade Técnica é o documento conferido por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado para comprovar o desempenho de determinadas atividades. Com base nesse documento, o contratante deve-se certificar que o licitante forneceu determinado bem, serviço ou obra com as características desejadas.

2. A diligência é uma providência administrativa para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante à habilitação seja quanto ao próprio conteúdo da proposta.

3. Ao constatar incertezas sobre cumprimento das disposições legais ou editalícias, especialmente as dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências, conforme o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para tomada de decisão da Administração nos procedimentos licitatórios.”⁴

⁴ TCU. Acórdão 3418/2014. Plenário.

Ao analisar hipótese semelhante, o TCU indicou ser dever da Administração a promoção de diligências para o saneamento de eventuais falhas na proposta e reafirmou a impossibilidade de o licitante majorar o valor inicialmente proposto vejamos:

A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. (Acórdão 2.546/2015 – Plenário). (Grifo e destaque nosso)

Recentemente, no boletim de Jurisprudência número 238 que resume o decidido nas sessões realizadas nos dias 25 e 26 de setembro de 2018, onde o citado trata de forma sintética as decisões proferidas pelos Colegiados do Tribunal de Contas da União. Asseverando a posição sobre a obrigatoriedade da diligência, foi proferido o Acórdão 2239/2018, (Representação, Relator Ministra Ana Arraes), **“É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público.”**

Desta forma, depreende-se que o TCU ressaltou ser a diligência um poder-dever da Administração que dela deve se utilizar sempre que necessário, sendo que os doutrinadores seguem tal entendimento. Para Marçal Justen Filho a promoção de diligências não constitui uma competência discricionária da autoridade julgadora, note-se:

“Em primeiro lugar, deve destacar-se que não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar o não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros [...], a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (...) mediante

*uma escolha subjetiva. Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes.”*⁵ (grifou-se)

Muito além vai Marcio Pestana:

*“Ainda que alguns vislumbrem excesso de formalismo que poderia ser mitigado sob a ótica de uma visão finalística de ampliação da participação de interessados no certame licitatório, entendemos que a exigência deverá prevalecer e impor-se em situações concretamente consideradas, exceção sendo feita a vícios formais que não impeçam a compreensão e aproveitamento dos documentos e propostas apresentadas que, neste caso, deverão, a nosso ver, ser admitidos.”*⁶ (grifou-se)

Como fundamento a tal providência, tomam-se os esclarecimentos de Hely Lopes Meirelles:

“o princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser “formalista” a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes” (grifo acrescido, *Licitação e Contrato Administrativo*, 12 ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 27).

Ao tratar do caso, Marçal Justen Filho ataca o cerne da questão:

“... portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda que não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na Lei ou no Edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 805.

⁶ PESTANA, Marcio. *Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 717.

qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 7 ed., São Paulo: Dialética, 2000. p. 79). (Destacamos)

Ainda sobre o zelo excessivo, e a falta de providencias para a manutenção de licitantes na licitação, o Superior Tribunal de Justiça emite inúmeras orientações nesse sentido rotineiramente, como se observa em trecho da elucidativa ementa de acórdão relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo:

*Direito Público. Mandado de Segurança. Procedimento Licitatório. Vinculação ao Edital. Interpretação das Cláusulas do Instrumento Convocatório pelo Judiciário. Fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de **excessivo rigor prejudiciais ao interesse público**. Possibilidade. Cabimento do Mandado de Segurança para esse fim. Deferimento (...)*

*Consoante ensinam juristas, **o princípio da vinculação ao Edital não é absoluto**, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e **cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência**, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração (...)* (STJ, MS 5.418/DF).

Também do Superior Tribunal de Justiça:

"... Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial" (STJ, MS 5.461-DF).

Mais uma vez o TCU, indica o caminho a ser seguido para não trazer prejuízos à competitividade em licitações públicas, note-se:

Acórdão 1795/2015 Plenário (Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro)
Licitação. Habilitação. Diligência.

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. (Destacamos)

Em síntese, a administração pública não deve inabilitar empresa em detrimento da competitividade da licitação, ainda que os documentos possuam irregularidade sanável por ato de ofício do Pregoeiro, o que não é o caso em tela, haja vista, conforme demonstraremos, todos os documentos serem apresentados regularmente.

Em que pese não haver condições de medir a suposta irregularidade encontrada pelo Pregoeiro, pois o documento apresentado pela concorrente, não diz respeito àquilo que o pregoeiro lavra em ata, mesmo assim, seria mais prudente agir nos termos da lei de licitações, citado na decisão do TCU, oportunidade que foi negligenciada como medida saneadora, repetimos, note-se:

Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

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.*

Conforme demonstraremos nessa peça, a recorrente tem plena capacidade para executar o objeto, porém, não houve o empenho do Pregoeiro para a comprovação da veracidade do efeito do documento ou na busca de maiores esclarecimentos.

IV – DA INABILITAÇÃO.

O único motivo que levou o pregoeiro a afastar a recorrente foram as palavras do representante da concorrente, pois o documento que o representante da recorrente apresentou, sequer foi lido pelo pregoeiro, tanto é fato que o pregoeiro registra em ata que a recorrente está impedida de contratar com a **administração pública**, e que a penalidade foi imposta pelo **inciso IV do artigo 87 da lei de licitações**, porém tal inciso não consta na conclusão que a parte onde existe a aplicação da penalidade apenas no contexto da decisão administrativa.

Outro fato intrigante foi a imediata e inquestionável aceitação dos argumentos do representante da nossa concorrente sobre os fatos, sem sequer diligenciar ou mesmo ouvir o representante da requerente, o qual sequer conseguiu registrar em ata tudo aquilo que pretendia.

Assim o pregoeiro deu ouvidos para apenas um dos participantes, e, entendeu que a recorrente estava impedida de contratar com a **administração pública**, e não apenas com o município que emitiu a decisão administrativa, e, condenou a licitação à extinção da competitividade. Aliás, com grande certeza, competitividade não estava nos planos da administração, haja vista a impugnação feita pela recorrente, composta por robustos argumentos ser considerada inepta em sua totalidade.

É válido registrar que a recorrente já efetuou a comunicação dos fatos ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, relatando os fatos acontecidos, e, certamente a Administração irá receber comunicação sobre tal fato, e, caso a administração mantenha sua posição sobre o edital de licitação, não restará outro caminho senão formalizar a pertinente representação junto ao TCE/SC da comarca de Joaçaba, para apurar as irregularidades e também as responsabilidades.

A citada alínea “c” da conclusão da decisão administrativa que impôs a penalidade a recorrente traz o seguinte texto:

9

*aplicar à empresa processada a pena de suspensão de participação em licitação e impedimento de **contratar com a Administração** pelo prazo de 2 (dois) anos. (Grifamos e destacamos)*

Pois bem, o inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, que trata da suspensão temporária, refere-se textualmente a **impedimento de contratar**. Na mesma esteira, o inciso IV do mesmo artigo enuncia que a declaração de inidoneidade é **para licitar ou contratar**, desta forma o **impedimento é apenas para o Município**.

É o que se extrai da leitura de fragmento do parecer n 2008 da FECAM, emitido pelo Consultor Joel de Menezes Niebuhr, note-se:

*"A sanção de suspensão temporária, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, cinge-se à **Administração**, portanto incide apenas sobre o órgão ou entidade responsável pela aplicação dela. Sem embargo, a sanção de declaração de inidoneidade, versada no IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, estende-se por toda a **Administração Pública**, isto é, por todo o aparato administrativo estatal. Pois bem, em vista disso, questiona-se se ela produz efeitos apenas sobre o aparato administrativo do ente estatal que aplicou a penalidade, ou se ela produz efeitos efetivamente por toda a Administração Pública Nacional, aí compreendendo o aparato administrativo de todos os entes federativos.*

Carlos Ari Sundfeld enfrentou essa questão, tendo lançado as seguintes ponderações:

"A tendência inicial do intérprete, raciocinando por padrões meramente lógicos, é a de, constatando ser a inidoneidade um dado subjetivo, que acompanha a empresa onde ela for, sustentar o caráter genérico das sanções de que se cuida. Deveras: em termos racionais, é impossível ser inidôneo para fins federais e não sê-lo para efeitos municipais.

Mas há de considerar um fator jurídico de relevância a afastar o mero enunciado lógico. Silente a lei quanto à abrangência das sanções, deve-se interpretá-la restritiva, não ampliativamente, donde a necessidade de aceitar, como correta, a interpretação segundo o qual o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção. Adotar posição oposta significaria obrigar alguém a deixar de fazer algo sem lei específica que o determine, em confronto com o princípio da legalidade, o que, especialmente em matéria sancionatória, deve ser entendido como da estrita legalidade"⁷

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 1995. p. 117.

Além do argumento concernente ao princípio da legalidade, deve-se apreender a questão também sob a ótica do princípio federativo e da conseqüente autonomia administrativa dos entes federativos, prescrições encartadas nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal. Em virtude de tais preceitos, cumpre concluir que um ente federativo não pode ser obrigado a aceitar penalidade imposta por outro. Isto é, um Estado goza de autonomia administrativa, pelo que não está vinculado à decisão administrativa tomada por autoridade de outro Estado, como ocorre com a declaração de inidoneidade. Nesse passo, os efeitos da declaração de inidoneidade são restritos ao âmbito das entidades e órgãos pertencentes ao ente político que a aplicou. Isto é, se o Estado de Santa Catarina declara determinada empresa inidônea, ela não poderá participar apenas das licitações públicas promovidas por órgãos e entidades integrantes da **Administração Pública** estadual catarinense. Ela, a empresa apenada, poderá participar de licitações promovidas por outros estados, por municípios, mesmo catarinenses, e pela União Federal.

O mesmíssimo argumento vale sob as luzes da separação de poderes, princípio fundamental da Constituição Federal encartado no artigo 2º da Constituição Federal. Ora, os poderes legislativo, judicial e executivo são independentes e harmônicos, por efeito do que se reconhece a eles, em uníssono, autonomia administrativa. O mesmo vale para o Ministério Público, que, a teor do § 2º do artigo 127 da Constituição Federal, goza de autonomia administrativa. Por via de conseqüência, um poder não pode ser compelido a aceitar penalidade administrativa imposta por outro. Significa dizer que a declaração de inidoneidade imposta por um Poder não atinge nem se estende sobre os demais, ainda que pertencentes ao mesmo ente federativo.

Desta forma, percebemos que a imposição da penalidade está condicionada apenas ao ente que a aplicou, tal condição é esclarecida na Lei de licitações, ao definir os termos "administração pública" e "administração". O inciso XI do artigo 6º da Lei nº 8.666/93 conceitua *Administração Pública*, expressando o seguinte:

"Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;"

Já o inciso XII do mesmo artigo 6º, da Lei nº 8.666/93, preceitua:

"Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;"

9

Não resta qualquer dúvida que a expressão *Administração Pública* refere-se ao conjunto de todos os órgãos e entidades que integram o aparato administrativo do Estado. Já o vocábulo *Administração* diz respeito somente ao órgão ou entidade pelo qual a *Administração Pública* opera, isto é, aquele que realiza a licitação, que firma o contrato, no caso, aquele que foi responsável pela aplicação da penalidade.

V – DIRECIONAMENTO DO EDITAL.

O edital de licitação está, sem qualquer dúvida, direcionado, pois a habilitação, no que concerne a qualificação técnica nele exigida, aliada a condição de julgamento pelo valor GLOBAL, é a receita exata para que pouquíssimas empresas ou talvez, apenas uma empresa tenha condições de participar.

Conforme já mencionado em sede de recurso administrativo, o edital de licitação exige que as empresas apresentem documentos e preços em TODOS os quatro itens para que se obtenha um vencedor:

- 1) Coleta e transporte de resíduos sólidos domiciliares e comerciais;
- 2) Serviços de disposição final dos resíduos sólidos domiciliares e comerciais urbanos;
- 3) Serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição final dos resíduos de serviços de saúde; e
- 4) Coleta e transporte de materiais recicláveis até o local a ser informado/indicado posteriormente pela Contratante.

Ocorre que para cotar preços em todos os quatro itens, são necessárias as licenças, e, não são todas as empresas que tem habilitação para o item 3, e, esse é o "pulo do gato" ao unir os quatro itens, a administração excluiu quase todas as empresas, tanto é fato que o numero de participantes foram apenas duas empresas.

A questão do direcionamento é tão evidente que o TCE-SC, suspendeu licitação semelhante, conforme citado na impugnação, vejamos novamente:

Para o Tribunal de Contas de Santa Catarina as licitações devem ser realizadas por item, sempre que possível. Aliás, ainda em 2018, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, suspendeu processos licitatórios por motivos idênticos aos que nessa peça estamos impugnando.

Os fatos ocorreram no município de Herval D'Oeste e também em Xanxerê esse fato é prova mais que suficiente para que a administração tome conta da irregularidade a qual está se sujeitando, vejamos⁸.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC), na sessão desta segunda-feira (20/8), ratificou duas decisões singulares que determinaram a sustação de procedimentos licitatórios das prefeituras de Herval d'Oeste e Xanxerê para prestação de serviços de coleta e destinação final de resíduos. A limitação à competição foi a principal razão que levou os relatores, conselheiro substituto Cleber Muniz Gavi e conselheiro Herneus De Nadal, respectivamente, a defenderem as medidas cautelares.

Com valor estimado de cerca de R\$ 1,7 milhão, o Edital de Concorrência n. 003/2018, promovido pela prefeitura de Herval d'Oeste, tem como objeto a prestação de serviços de coleta regular e destinação final de resíduos — domiciliares, comerciais e dos serviços de saúde —, para o período de 12 meses. A entrega final das propostas e a sessão de julgamento estavam previstas para o último dia 17 de agosto. Segundo a cautelar, publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCE/SC (DOTC-e), desta segunda-feira (20/8), o município está impedido de homologar ou adjudicar e, por consequência, celebrar contrato decorrente do edital, até manifestação posterior que revogue a medida ou até deliberação do Tribunal Pleno.

Já o Edital de Concorrência Pública n. 02/2018, da prefeitura de Xanxerê, visa a contratação de empresa especializada para execução dos serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição final de lixo — urbano, resíduos sólidos produzidos nas unidades de saúde, e de galhos e entulhos nas vias e logradouros. Com valor global anual estimado em R\$ 6,5 milhões, o procedimento licitatório ainda contempla coleta seletiva dos materiais recicláveis, fornecimento e instalação de ecopontos, serviços de conservação e limpeza da Praça Tiradentes e banheiros públicos, com equipe-padrão. A decisão singular está publicada no DOTC-e desta terça-feira (21/8) e sua ratificação está prevista para ser veiculada na quinta-feira (23/8).

A edição do DOTC-e de 20 de agosto também registra a ratificação pelo Pleno, na sessão de 15 de agosto, de outra decisão singular de Cleber Muniz Gavi, que suspendeu, cautelarmente, o Pregão Presencial nº 02/2018 da prefeitura de Laguna, no Sul do Estado. Com valor estimado de cerca de R\$ 4,3 milhões, o Edital de Concorrência Pública n.02/2018 tem como objeto a contratação de empresa ou

⁸ Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/acom-intranet-ouvidoria/noticia/42696/tcesc-suspende-editais-para-coleta-e-destina%C3%A7%C3%A3o-de-res%C3%ADduos-de>

consórcio para a execução de serviços públicos de limpeza urbana, incluindo a coleta e destinação de resíduos sólidos, para o período de 12 meses. A entrega final das propostas e a sessão de julgamento estão previstas para esta quinta-feira (23/8), às 14h. A cautelar determina que a prefeitura de Laguna deve suspender o certame na fase em que se encontra, até que a Corte de Contas se posicione a respeito.

Os prefeitos de Herval d'Oeste, Laguna e Xanxerê deverão adotar as providências no âmbito administrativo para a suspensão imediata dos certames. Os gestores dos dois primeiros municípios terão o prazo de cinco dias para comprová-las ao Tribunal, a partir do recebimento das notificações, e do último, de 15 dias. As três decisões registram a ocorrência de aglutinação de objetos distintos e a não divisão dos serviços, em tantas parcelas quantas se comprovem técnica e economicamente viáveis, para o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, os gestores de Herval d'Oeste e Laguna têm 30 dias, contados do recebimento das notificações, para apresentar justificativas ao Tribunal, adotar medidas corretivas ou anular a licitação, se for esse o entendimento deles. No caso da representação de Xanxerê (@REP-1800644792), o Pleno determinou a conversão dos autos em outro processo para ampliar o campo de análise do edital de concorrência pública.

A suspensão cautelar dos editais de concorrência pública teve origem em representações apresentadas ao TCE/SC e foi determinada diante do preenchimento dos requisitos periculum in mora e fumus boni iuris (Saiba mais 1). As duas expressões jurídicas indicam, respectivamente, situação de perigo — onde a demora na decisão pode causar dano grave ou de difícil reparação — e a verossimilhança do direito alegado — a restrição já foi apontada para a concessão de outras medidas cautelares.

Ao tomar conhecimento da impugnação e dos fatos e argumentos que a estruturam, a administração tem o dever de suspender o processo licitatório e tomar as devidas providências. Pois caso insista no prosseguimento do processo licitatório, certamente seus agentes poderão ser responsabilizados.

Desta forma o julgamento pelo valor global também contraria o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, pois cria condição indevida, a qual restringe o caráter competitivo do certame, uma vez que impede que eventuais interessados em contratar com a Administração, participem da licitação, comprometendo, por consequência, os valores praticados no certame, assim relembramos:

Art. 3º ...

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

Por derradeiro, concluí-se que resta mais comprovado, que a exigência contida no edital de licitação, está na contramão do objetivo maior da licitação que é a competitividade, e, desta forma não há que se questionar que o edital carece de adequação, e, caso não aconteçam as alterações não restará alternativa senão buscar junto ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público que as alterações sejam feitas e as responsabilidades apuradas.

Assim sendo a administração era conhecedora das irregularidades existentes no edital, e, não tomou qualquer providencia para que fossem sanadas, aliás, ao contrário, ignorou os avisos e indicações contidos na impugnação e prosseguiu com a licitação, e, nesta fase, é a última oportunidade para a administração não consumir os atos ilegais, e, anular a licitação por ilegalidade de ofício, nos termos do artigo 49 da lei de licitações.

VI – DO JULGAMENTO

Nos argumentos aqui mencionados, comprovamos que o julgamento do senhor Pregoeiro está equivocado, pois todos os documentos foram apresentados em conformidade com a lei, mesmo que ele não os tenha registrado em ata, é conhecedor que incorreu em diversas irregularidades.

Apelamos assim, para que o senhor Pregoeiro atente para a essência da licitação que é a competitividade e, que evite afastar proponente apto para execução do contrato do pleito licitatório.

Destarte, se o Pregoeiro considera que determinado ato foi praticado em descompasso com a ordem jurídica, tem o dever de invalidá-lo ou anulá-lo. Esse, aliás, é entendimento do Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula 473:

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

A recorrente entende que a reforma da decisão do Pregoeiro e anulação da licitação são as medidas que mais se coadunam com os princípios esculpidos no estatuto das licitações.

VII – DO REQUERIMENTO

Ex positis, a empresa **LIDER MATERIAIS ELETRICOS EIRELI - EPP** ao Senhor Pregoeiro, o que segue:

- a) Que o presente recurso administrativo seja acatado e a licitação seja anulada ou revogada nos termos do artigo 49 da lei de licitações.
- b) Não sendo acatado o pedido acima formulado, REQUER que Vossa Excelência, se digne a fazer remessa do presente recurso à autoridade que lhe for superior a fim de que a mesma o aprecie, como de direito.
- c) Não sendo acatados os pedidos acima formulados, REQUER que Vossa Excelência, que sejam extraídas cópias de todo o processo licitatório, remetendo-as ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, bem como, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, com o fim de se apurar a necessidade de instauração de uma Tomada de Contas Especial quanto ao objeto licitado.

Concórdia, SC, em 21 de dezembro de 2017.


Antônio Fernando Franchin
Administrador