

RECURSOS POR INABILITAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE XANXERE-SC

Tomada de Preço 04/2017
Processo Licitatório 061/2017

FABRICIO REZENDE DE MORAIS EIRELI LTDA - ME, CNPJ: 26.742.553/0001-03 - cujo nome fantasia é "INOVAR ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO", pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Felipe Schimdt, nº 591, Centro, CEP 89.670-000, nesta cidade de Catanduvás -SC, neste ato representada por seu Preposto Talisson Rezende de Moraes, RG 5.623.280-0 e CPF: 073.860.119-54 -, conforme Carta de Credenciamento vem, respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Excelência, dentro do prazo legal e nos termos do item 8.1, "a", do Edital de Licitação Processo 061/2017 e do art. 109, I, "a", da Lei 8.666/93, interpor RECURSO ADMINISTRATIVO contra a r. decisão lavrada na Ata da Reunião de Licitação realizada em 00/00/0000, que acabou por inabilitá-la no procedimento licitatório em virtude de "Habilitação econômica financeira não atendida", expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir deduzidos:

01. A empresa Recorrente credenciou-se no procedimento licitatório de Tomada Preço pela qual a Prefeitura Municipal de Xanxerê-SC, Órgão Público através de sua Comissão Especial de Licitação, ora Recorrida, objetiva a contratação de empresa para execução de obras conforme descrito no Edital em Epigrafe.

02 - Do Direito e Princípio da Razoabilidade

Dispõe o art. 37 da CF/88:

"a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência."

Já o art. 3º da Lei nº 8666/93, fixa que:

"a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos". (grifei)

Convém mencionar também o Princípio da razoabilidade administrativa ou proporcionalidade, como denominam alguns autores. A este respeito temos nas palavras de Marçal Justem Filho:

"O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida do limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incube ao estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos." (In: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 5ª edição - São Paulo - Dialética, 1998.) (grifo nosso)

A própria Constituição Federal limitou as exigências desnecessárias:

"Art. 37 [...]"

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 econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifo nosso).

Igualmente, temos que no julgamento da documentação, a Administração deve proceder a verificação do seu conteúdo nos aspectos pertinentes aos quesitos técnicos mínimos exigidos e imprescindíveis à execução de contrato futuro.

Abordando referido princípio com propriedade e objetividade, GUSTI, Rogério, em texto publicado no Site Recanto das Letras em 17/11/2006 abordou referido princípio, senão vejamos:

“Enleio aos princípios constitucionais e legais positivados pelo legislador para a regência dos processos de licitação encontra-se analogicamente o da razoabilidade, na vereda da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo, que sendo posterior a Lei de Licitações, inova, trazendo ao contexto o disposto, no seu art. 2º, vejamos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

[...]

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (sem grifos no original)

Por este diapasão legal, então, percebe-se implicitamente que o princípio da razoabilidade é notado na concepção mais moderna do Direito Administrativo, razão esta que contempla que princípios jurídicos não positivados no diploma especial licitatório pelo legislador, como procedimentais das licitações públicas, também são aplicáveis no processo licitatório, de maneira subsidiária, a fim de dar lugar à aplicabilidade ao princípio da economicidade. (grifei)

O princípio da razoabilidade recomenda, em linhas gerais, certa ponderação dos valores jurídicos tutelados pela norma aplicável à situação de fato. Como diz de Marçal Justen Filho, o princípio da proporcionalidade, prestigia a "instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam" e "exclui interpretações que tornem inútil a(s) finalidade(s) buscada(s) pela norma". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9a Ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 66- 67). (grifei)

Na circunstância da vida, o fundamento de decisões no princípio da razoabilidade vem, habitualmente, associado à rejeição ao excesso de formalismo, quando do julgamento de documentos de habilitação ou de propostas técnicas ou comerciais apresentadas por licitantes. Daí porque esta explanação conjuga a abordagem do tema tanto no aspecto do princípio da razoabilidade, quanto no da rejeição ao rigorismo formal, quando da apreciação de documentos e propostas em licitações públicas. (grifei)

O excesso de formalismo, com efeito, não deve permear as ações dos agentes públicos na execução das licitações. A doutrina e a jurisprudência repudiam o rigorismo formal e homenageiam as decisões administrativas que, a bem dos demais princípios regentes da Administração Pública, afastam a inabilitação e a desclassificação de concorrentes por fatos irrelevantes, que não afetam a objetividade e a efetividade de suas propostas perante o Poder Público e nem os põem em posição vantajosa em relação aos demais participantes. ("grifei")

Por todo exposto, verifica-se que a atividade do administrador e comissão de licitação, deve ser instruída pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da rejeição ao excesso de formalismo, além de outros igualmente relevantes; tudo dentro da pauta da Lei, mas sempre com o objetivo de ampliar ao máximo o espectro de concorrentes capazes de contratar com a Administração, bem como obter a proposta mais vantajosa.

Entendemos que no caso específico, deve se aplicar o Princípio da Razoabilidade.

Ainda.

03. Salientamos que, antes que se defenda que há previsão na Lei 8.666/1993 sobre a prestação de Garantia por parte do licitante e que em decorrência de dito fato inexistiria razão para se pretender opor-se à referida disposição legal, destaco que a razão deste recurso é justamente, o fato de se afirmar que a norma em tela configura-se como disposição legal inconstitucional, razão pela qual a existência de expressa disposição legal com o fim de compelir o licitante a prestar garantia prévia, como condição à habilitação. E por entendermos de fato esclarecedor o artigo publicado Por Rodrigo Soares de Azevedo, Advogado OAB/PE 18.030 reproduzimos seu contexto:

"... Assim dispõe a vigente Lei 8.666/1993, em seu artigo 31, inciso III:

Art. 31. – A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

III – garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

(...)

Em caráter preliminar à abordagem dos fundamentos que justificam a conclusão pela inconstitucionalidade da referida disposição, faz-se mister transcrever o que se encontra disposto no artigo 32, § 5º da mencionada Lei Federal de n. 8.666/1993. Vejamos:

Art. 32. – Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...)

§ 5º– Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

Inequívoco contrassenso existe entre os dois dispositivos acima transcritos. No primeiro, a norma regula que deverá ser exigido do licitante a prévia prestação de garantia em patamar correspondente a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto que se pretende contratar, sob pena de ser o mesmo inabilitado no processo concorrencial para o qual inscrevera-se. Já no segundo dispositivo, a lei expressamente veda a cobrança, como condição à habilitação, de qualquer prévio recolhimento de taxas ou emolumentos.

Antes que se defenda que inexistente conflito, tendo em vista que a primeira disposição trata da habilitação propriamente dita, enquanto que a segunda diria respeito apenas à participação do licitante no processo licitatório, faz-se fundamental destacar, novamente, o que se encontra

regulado no caput, assim como, no §5º do artigo 32 da Lei Federal de n. 8.666/1993:

Art. 32. – Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...)

§ 5º– Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

Não restam qualquer dúvidas quanto ao fato do § 5º do artigo 32 da Lei Federal de n. 8.666/1993, tratar da HABILITAÇÃO e não da mera participação no processo licitatório. Destaque-se que dita regra não apenas vedou a exigência de valores prévios como condição à habilitação, mas, de forma objetiva, definiu a única exceção admitida, precisamente a cobrança dos valores pecuniários inerentes à reprodução do Edital de Licitação e seu fornecimento, custos tais que em nada se relacionam com o montante que se faria necessário garantir como condição à habilitação e regulado no inciso III do artigo 31 da Lei 8.666/1993, acima transcrita.

Portanto, a própria Lei Federal de n. 8.666/1993 entra em inequívoco conflito, inexistindo meio plausível à conciliação dos regramentos contidos nas duas disposições acima transcritas. Por óbvio, inexistente hierarquia entre as normas e, muito menos, entre dispositivos legais de uma mesma lei. De tal sorte, o reconhecimento da existência de conflito entre as disposições acima transcritas, apenas poderá ser solucionado por meio daquela interpretação que leve à ampliação da disputa ao objeto licitado, tendo em vista haver sido esse o principal objetivo do legislador brasileiro. Com base em tal argumento, antes mesmo de se adentrar à matéria constitucional, pode-se já concluir que a única interpretação que possibilitaria a solução do referido confronto de

regulações, levando à ampliação da disputa pelo objeto licitado, seria, sem a menor dúvida, no sentido do regramento contido no § 5º do artigo 32 da Lei Federal de n. 8.666/1993, sobrepor-se aquele tratado no III do artigo 31 da Lei 8.666/1993, tendo em vista que o inverso acarretaria inequívoca restrição à livre participação no processo licitatório.

Apenas a título de exemplo, cito informação veiculada no último artigo publicado, intitulado por A Garantia da Proposta e o Adicional de 30% Exigido aos Consórcios. Em processo concorrencial promovido pela Prefeitura do Município de Guarulhos, Estado de São Paulo, mais precisamente a Concorrência de n. 20/15-DCC (cujos atos se deram entre janeiro e fevereiro de 2016), consta exigência de prestação de Garantia de proposta em valor de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) como condição à habilitação, tanto que algumas sociedades empresarias foram efetivamente inabilitadas por haverem prestado dita garantia, segundo à Comissão de Licitação, contendo falhas em sua formalização.

Em decorrência das discussões jurídicas travadas ao longo dos anos quanto às consequências decorrentes da prévia exigência de Garantia da Proposta Comercial, como condição à habilitação em processos licitatórios promovidos sob qualquer das modalidades da Lei Federal de n. 8.666/1993, ao se dar a promulgação da Lei Federal de n. 10.520/2002, que trata do Pregão Presencial e Eletrônico, o legislador fez constar de forma expressa e objetiva a vedação à exigência de garantia prévia como condição à participação do certame, admitindo, apenas, aquela que necessariamente deve ser prestada quando da celebração do Contrato Administrativo e que tem como fim assegurar à execução do objeto licitado.

O convencimento quanto à inconstitucionalidade da exigência ora tratada decorreria da inevitável conclusão no sentido de que a exigência de prévia garantia da proposta de preço ensejava em ônus desnecessário e injustificado imposto ao licitante, não trazendo qualquer benefício à Administração Pública, assim como, absolutamente nenhum prejuízo à mesma quando do licitante não honrar os termos de sua oferta.

Por óbvio, caberá penalidades ao licitante que recusar-se a firmar o Contrato Administrativo com base em sua proposta de preço, todavia, tal fato não justifica a pretensão da Administração Pública, simplesmente, executar uma garantia no valor de 1% sobre o montante do objeto licitado, tendo como fundamento a recusa à celebração do vínculo pretendido. Vale lembrar que em se verificando que o licitante vencedor não honrará sua proposta comercial, poderá a Administração Pública convocar o segundo, o terceiro e assim sucessivamente, obedecendo a ordem classificatória, até que identifique o ofertante que efetivamente venha a firmar o compromisso jurídico.

Em havendo qualquer prejuízo de ordem financeira imposto à Administração Pública em razão da recusa do licitante em honrar sua proposta comercial, poderá a mesma acioná-lo e exigir que os prejuízos suportados sejam indenizados, sem prejuízo da aplicação da pena de suspensão ou inidoneidade ao concorrente vencedor que se recusa a firmar o Contrato Administrativo.

Ora, se todas as medidas acima citadas encontram-se asseguradas à Administração Pública, não seria admissível que unicamente com o objetivo de facilitar o ressarcimento de possíveis prejuízos decorrentes da recusa por parte de algum licitante em firmar o Contrato Administrativo, optasse o órgão licitante por sacrificar benefício da ampliação da disputa e da livre concorrência ao objeto licitado, posto que, se assim proceder, estará nulificando todo o certame e, por óbvio, a relação jurídica que dele decorrerá.

Sobre o tema, assim leciona o Dr. Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Edição, Ed. Dialética, São Paulo, 2008, páginas 461 e seguintes:

“6) Cobrança de taxas e emolumentos (§ 5º)

(...). Por isso, são inconstitucionais os constrangimentos indiretos e oblíquos à participação na licitação, que não apresentem qualquer utilidade à participação no certame. Isso se passa com a exigência de prestar garantia para participar

de licitação. Somente se admite a prestação de garantia em caso de contratação. (...)”.....”

4 Ainda, caso nossa Empresa tiver êxito no certame, deste já deixamos claro que cumprimos com as exigências estabelecidas no edital quanto a execução e prazos, além do cumprimento da solicitação de garantia de execução;

Portanto, levando em considerações exposta, solicitamos a revisão da decisão de inabilitação da Recorrente, em fase do princípio de Razoabilidade e da inconstitucionalidade das exigências quanto a Garantia de Proposta.

Sendo o que tínhamos para o Momento, reiteramos votos de estima e apreço;

Atenciosamente,



Talisson Rezende de Moraes