

**ILUSTRÍSSIMO(a) SENHOR(a) PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES – PREFEITURA MUNICIPAL DE DESCANSO - SANTA CATARINA**

***Ref. Recurso Administrativo – Processo de Licitação n.º 80/2021 - Julgamento da Proposta da Tomada de Preços n.º 007/2021.***

**OBJETO:** contratação de empresa (s) para execução de obra de reconstrução parcial do ginásio de esportes Antônio Rech e Reconstrução da cobertura e instalações elétricas da arquibancada do estádio municipal João Baretta, com recursos provenientes do convênio nº 2020TR001624, celebrado com o Estado de Santa Catarina, por meio da Defesa Civil do Estado, processo FESPORTE nº 2482/2020.

**CONSTRULACER COMÉRCIO E CONSTRUÇÃO LACERDÓPOLIS LTDA ME**, já qualificada nos autos da licitação em epígrafe, vem, respeitosamente, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra decisão na fase de habilitação, decidida pela comissão de licitação do município de Descanso-SC, pelos motivos a seguir expostos:

#### **I - DA TEMPESTIVIDADE**

A apresentação da presente impugnação é feita dentro do prazo legal estabelecido na Lei n. 8.666/93, ou seja, 05 (cinco) dias úteis.

Indiscutível, pois, a sua tempestividade, vez que o prazo finda no dia 31.08.2021.

#### **II – FUNDAMENTOS DA DESCLASSIFICAÇÃO**

A recorrida promoveu o certame, tendo como objeto a Contratação de empresa para execução de obra de reconstrução parcial do ginásio de esportes Antônio Rech e Reconstrução da cobertura e instalações elétricas da arquibancada do estádio municipal João Baretta

Posterior a fase de habilitação, na abertura das propostas, realizado no dia 25 de agosto de 2021, houve julgamento equivocado, pois entendeu que a empresa CONSTRULACER COMERCIO E CONSTRUÇÕES LACERDÓPOLIS EIRELI deixou de “atender ao disposto no item 5.2. ‘B’ — Declaração firmada pelo representante legal da empresa de não haver nenhum dos impedimentos previstos no §4º do artigo 3º da Lei 123/2006”, bem como “não cumpriu os requisitos do item 5.4.2 “E” — possuir certidão de acervo técnico de piso, mas não possui contra piso. Inobstante, dispõe que “no item 5.4.5 do edital a empresa não apresentou demonstração de capacitação técnico-profissional na data prevista”, e, por fim, afirma que “no item 5.6.3 do edital, estando a apólice em nome do fundo municipal de saúde do Município de Belmonte, sendo que a apólice deveria estar em nome do município de Descanso.”

Este foi, data vênia, a equivocada decisão, da qual a ora recorrente embate, vez que as disposições expostas na decisão ferem a Lei de licitações e demais disposições legais e constitucionais pertinentes, além das decisões mais recentes e remansosas dos nossos tribunais de contas, como demais tribunais pátrios.

Vislumbrar-se-á, pelos fatos e direito expostos a seguir, que a decisão realizada no processo licitatório foi equivocada, ao decretar a empresa recorrente como desclassificada do certame, ensejando édito de procedência do presente recurso com a habilitação da recorrente no certame.

## **II – DAS PRELIMINARES**

### **II.1. Da necessidade de republicação do edital**

Na abertura de propostas, houve a citação que a empresa CONSTRULACER COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LACERDÓPOLIS, “no item 5.6.3 do edital, obrou em erro, pois juntou a apólice de seguro em nome do fundo municipal de saúde do Município de Belmonte, sendo que a apólice deveria estar em nome do município de Descanso.”

Da análise do processo licitatório 80/21, na modalidade tomada de preços nº 07/2021, vislumbra-se que o edital é dotado de vício que induz a empresa concorrente a evidente erro.

Ocorre que no edital, nas folhas 18/24, onde constam informações acerca do contrato a ser estabelecido, denota-se que na segunda linha consta “Município de Descanso-SC, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 11.432.342/0001-30. Todavia, o CNPJ foi inserido incorretamente, uma vez que este se trata do CNPJ do Fundo Municipal de

Saúde da cidade de Belmonte/SC. Ou seja, verifica-se erro material capaz de induzir o concorrente a erro e que vicia visceralmente o edital.

Nesse sentido, haja visto que o referido item foi utilizado como forma de desclassificar a empresa CONSTRULACER, isto porque, invidável que a empresa recorrente utilizou-se do CNPJ informado no edital para que realizasse seguro, item exigido para o processo licitatório.

Têm-se, da análise do exposto, que é necessária a republicação do edital, frente a clara violação ao princípio da livre concorrência, devendo garantir a isonomia no processo licitatório, o que, inexoravelmente, não ocorreu no caso em concreto tratado.

Sem considerar que ao deixar o CNPJ de outra cidade no edital, fica claro a formatação com base em certame daquele município, ensejando a retirada do edital e sua republicação.

Quanto ao entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca do tema:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. COMANDO DECISÓRIO RECONHECENDO A NECESSÁRIA FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO. ADVOGADO NÃO CADASTRADO. PUBLICAÇÃO DE EXPEDIENTE CONCLAMANDO AS PARTES PARA A SESSÃO ORDINÁRIA. JULGAMENTO COLEGIADO REALIZADO SEM A DEVIDA INTIMAÇÃO DO CAUSÍDICO PATRONO. NULIDADE RECONHECIDA. DERROGAÇÃO DO JULGADO. RETOMADA DO ITER PROCESSUAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS, CONTINUADOS E DE BAIXA COMPLEXIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ITEM ATINENTE AO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA PARA INSTRUTOR DE INFORMÁTICA. INABILITAÇÃO DA FIRMA IMPETRANTE. PLEITO PARA ANULAÇÃO DO ATO QUE CULMINOU COM SUA EXCLUSÃO, OU, ALTERNATIVAMENTE, A REVOGAÇÃO DO CERTAME. JUSTIFICATIVA DE QUE APENAS O GERENCIAMENTO DA MÃO DE OBRA, RECRUTAMENTO E SELEÇÃO PODEM SER AVALIADOS, NÃO CORRESPONDENDO O INSTRUTOR DE INFORMÁTICA A UM SERVIÇO CORRIQUEIRO. ASSERÇÃO PROFÍCUA. EDITAL COM CLÁUSULA ABUSIVA. PROCESSO LICITATÓRIO ANULADO. INDISPENSÁVEL EFETIVAÇÃO, EM ATÉ 45 DIAS, DE UMA NOVA CONVOCAÇÃO. ART. 21 § ÚNICO, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (DECRETO-LEI N. 4.657, DE 04/09/1942). PRESERVAÇÃO DO CONTRATO ATUALMENTE VIGENTE, ATÉ QUE SOBREVENHA A ASSINATURA DE HODIERNO AJUSTE, RESULTANTE DE PORVINDOURA CONCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

**(TJ-SC - MS: 40328220420188240000 Capital 4032822-04.2018.8.24.0000, Relator: Luiz Fernando Boller, Data de Julgamento: 30/06/2020, Primeira Câmara de Direito Público).**

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. AÇÃO ANULATÓRIA. CERTAME REGIDO PELO EDITAL N. 06/2016. CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DO CEMITÉRIO MUNICIPAL. SERVIDOR PÚBLICO QUE INTEGRA O QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA VENCEDORA. NULIDADE CONSTATADA. EXEGESE DO ART. 9º, III, DA LEI N. 8.666/1993. PEDIDO RECONVENCIONAL DE INDENIZAÇÃO PELOS VALORES DISPENDIDOS PARA GESTÃO DO SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. ATO NULO QUE NÃO GERA DIREITOS OU OBRIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ AFASTA A POSSIBILIDADE DE REEMBOLSO. SENTENÇA ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "Há vínculo lógico jurídico entre a licitação e o contrato. Portanto, a tardia revelação do vício na licitação produz reflexos sobre o contrato já firmado" (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 901 e 906).

**(TJ-SC - APL: 03007766120168240085 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 0300776-61.2016.8.24.0085, Relator: Júlio César Knoll, Data de Julgamento: 09/02/2021, Terceira Câmara de Direito Público).**

Importante destacar ainda, que a alegação de nulidade do edital neste específico caso, não pode ser considerada preclusa por conta do prazo legal de impugnação, pois a situação emergida somente poderia ter sido apreciada neste momento, como efetivamente ocorreu, demonstrando que a emersão da nulidade e o pedido são sim legítimos e tempestivos.

## **TESES SUPLETIVAS**

### **II – RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO**

Em que pese haja pedido de republicação do edital a fim de garantir a isonomia às partes concorrentes no processo licitatório, a recorrente vem, supletivamente, em caso de não acolhimento daquela tese, requerer que seja desconsiderada a manifestação presente na ata de habilitação acerca da violação ao item 5.6.3 — por estar a apólice de seguro em nome de município diverso do contratante, considerando a apólice ora juntada, agora sim corretamente inserida no CNPJ do município, elidindo assim a necessidade de nova republicação, porém garantindo a recorrente a habilitação necessária.

Ou seja, que em caso de não aceitação do pedido de nulidade do edital e republicação do edital, que seja ao menos afastada a desclassificação aventada,

considerando-se que se trata de erro material realizado pelo próprio município contratante, não podendo a parte concorrente suportar tal incoerência.

**II.1 QUANTO AO ALEGADO “deixar de atender ao disposto no item 5.2. ‘B’ — Declaração firmada pelo representante legal da empresa de não haver nenhum dos impedimentos previstos no §4º do artigo 3º da Lei 123/2006”.**

A comissão de licitação fez constar em sua ata de recebimento e abertura de documentação, a suposta falta de documentos juntados pela empresa CONSTRULACER, dentre eles, essencialmente tratado nesse tópico, expõe estar ausente a declaração firmada pelo representante legal da empresa de não haver nenhum dos impedimentos previstos no §4º do artigo 3º da Lei 123/2006.

Todavia, a recorrente tem absoluta certeza de ter juntado referida declaração, no entanto, em que pese ter juntado, importante destacar que tal ausência não pode ser justificativa para desclassificação da empresa recorrente, uma vez que há entendimento firmado, na seara doutrinária, bem como no Poder Judiciário, em especial no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e no Superior Tribunal de Justiça, essencialmente sobre a desnecessidade de excesso de rigorismo e a possibilidade de juntada da referida declaração, até porque a recorrente trata-se de empresa de pequeno porte, regido por lei especial que baliza tal conduta da comissão.

Da análise do referido artigo, extrai-se:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

A empresa concorrente em processo licitatório, ao fazer-se presente na fase de abertura dos envelopes, já demonstra interesse suficiente e conhecimento acerca dos requisitos e exigências para que possa efetivamente se fazer classificada. Ou seja, tem conhecimento acerca dos impedimentos que estão presentes no processo licitatório.

Ocorre que no caso em concreto, denota-se que houve a desclassificação da empresa CONSTRULACER pela não juntada de documento que declare não estar incidindo em nenhuma hipótese de impedimento legal prevista na referida lei.

Todavia, tal documento representa mera formalidade, que pode ser dispensada ou até mesmo realizada em momento posterior, haja visto que implicitamente a empresa, ao adentrar no processo licitatório, já demonstra estar declarando que não está impedida, caso contrário, não se sujeitaria às ações de juntar documentos a fim de concorrer para o objeto da licitação.

Portanto, mesmo que seja considerada um documento que se faz necessário na licitação, vislumbra-se claramente que ele pode ser apresentado em momento posterior. Até porque não houve qualquer impedimento das hipóteses legais, tampouco poderia havê-lo, haja visto que a empresa recorrente está de acordo com os procedimentos descritos no edital.

Inexorável que a finalidade da lei é, acima de tudo, garantir o pré afastamento daqueles que se enquadram em situações de impedimento, motivo pelo qual o rigorismo excessivo não deve estar presente, uma vez que seria medida temerária frente aos anseios do Estado, pois este estaria sendo prejudicado e teria a possibilidade de contratar empresa que não oferecesse a melhor oportunidade de serviço.

Portanto, o entendimento pretoriano vigente e remansoso contraria o que fora decidido no ato ora impugnado, veja-se nos seguintes termos o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. REQUISITO DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL. EXIGÊNCIA CONJUNTA DE TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO DE LIVRO DIÁRIO. DESNECESSIDADE. BALANÇO PATRIMONIAL QUE DETÉM AUTONOMIA. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA BEM DEMONSTRADA. EXCESSO DE FORMALISMO. PREVALÊNCIA DA RAZOABILIDADE. ORDEM MANTIDA. APELAÇÃO E REEXAME DESPROVIDOS.

**(TJ-SC - APL: 00279548420158240023 Capital 0027954-84.2015.8.24.0023, Relator: Vilson Fontana, Data de Julgamento: 08/08/2019, Quinta Câmara de Direito Público).**

Inobstante, da análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se:

(...) "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). (Reexame Necessário n. 0301327-16.2015.8.24.0040, de Laguna, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, 19-06-2018).**

Denota-se o excesso de rigorismo pleiteado pela comissão de licitação, o que é totalmente vedado pela lei de licitações e princípios licitatórios e da administração pública, bem como ao próprio edital tratado em questão.

O rigorismo formal exigido pela comissão de licitação é extremamente prejudicial ao ente contratante, pois limita a concorrência, tanto que se materializar as inabilitações estabelecidas na ata, teríamos prejuízo à livre concorrência, dentre vários participantes, o que em muito prejudicaria, inclusive, prejudicaria o direito do próprio ente público de ter um preço menor na abertura das propostas e na respectiva contratação.

Aliás, não é outro o entendimento do E. Tribunal de Contas da União, que em acórdão exarado pelo Plenário, disse expressamente o seguinte:

**Princípio da vinculação ao instrumento convocatório X princípio do formalismo moderado.**

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidade na Concorrência Internacional n. 004/2009, promovida pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), com vistas à contratação de serviços de fornecimento de oito Veículos Leves Sobre Trilhos – VLTs, para a Superintendência de Trens Urbanos de Maceió. Após terem sido considerados habilitados os dois participantes do certame (um consórcio e uma empresa), o consórcio interpôs recurso, por entender que a empresa teria descumprido a exigência editalícia quanto ao registro ou inscrição na entidade profissional competente, ao apresentar “Certidão de Registro e Quitação de pessoa jurídica”, emitida pelo CREA/CE, inválida, “pois continha informações desatualizadas da licitante, no que concerne ao capital e ao objeto social”. Após examinar as contrarrazões da empresa, a comissão de licitação da CBTU decidiu manter a sua habilitação, sob o fundamento de que a certidão do CREA “não tem o fito de comprovação e capital social ou do objeto da empresa licitante, o que é realizado mediante a apresentação do contrato social devidamente registrado na Junta Comercial”. Para o representante (consórcio), o procedimento adotado teria violado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois a comissão de licitação habilitara proponente que “apresentou documento técnico em desacordo com as normas reguladoras da profissão, sendo, portanto, inválido, não tendo condão de produzir qualquer efeito no mundo jurídico”. Cotejando o teor da certidão emitida pelo CREA/CE em favor da empresa habilitada, expedida em 05/03/2009, com as informações que constavam na “18ª Alteração e Consolidação de Contrato



Social” da aludida empresa, datada de 30/07/2009, constatou o relator que, de fato, “há divergência nos dados referentes ao capital social e ao objeto.” No que tange ao capital social, “houve alteração de R\$ 4.644.000,00 para R\$ 9.000.000,00”, e no tocante ao objeto, “foi acrescentada a fabricação de veículos ferroviários ou sobre pneus para transporte de passageiros ou cargas, bem como a sua manutenção assistência técnica e operação”. Ponderou o relator que embora tais modificações não tenham sido objeto de nova certidão, seria de rigor excessivo desconsiderar o efetivo registro da empresa no CREA/CE, entidade profissional competente, nos termos exigidos no edital e no art. 30, I, da Lei n.º 8.666/93, até porque tais modificações “evidenciam incremento positivo na situação da empresa”. Acompanhado a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de considerar a representação improcedente. **Acórdão n. 352/2010- Plenário, TC-029.610/2009-1, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 03.03.2010.**

O formalismo, como se vê dos transcritos julgados, é apenas uma exigência burocrática, sem a menor utilidade prática, destituída de qualquer sentido lógico ou jurídico, ainda mais se a alteração se consolida em um aumento positivo na situação da empresa, como bem asseverado pelo E. TCU e como é a realidade fática ora em discussão. Não houve supressão de atividade e nem tão pouco alteração de atividade que pudesse comprometer a sua atuação como contratada para os serviços públicos objetivados no edital.

A comissão não pode, tampouco algum concorrente poderá exigir, que se faça uma interpretação prejudicando o licitante e o pior, diretamente, prejudicando o próprio ente público que será evidentemente prejudicado havendo a inabilitação ou desclassificação do recorrido, já que concorrem neste certame apenas a recorrente e outra empresa, ou seja, qualquer chance de diminuir valor ou o ente ser beneficiado com a concorrência exaure-se com a manutenção da inabilitação ora combatida.

## **II.2 QUANTO AO ALEGADO “item 5.4.2 “E” — possuir certidão de acervo técnico de piso, mas não possui contra piso.”**

Inexorável que a recorrente está de acordo com as exigências legais para que efetivamente execute o objeto da obra nas melhores condições possíveis. Em que pese a certidão demonstrar acervo técnico para piso, deve-se englobar também o

contra piso na referida situação; ou mesmo que não seja essa a interpretação, tal vício pode ser superada de maneiras distintas.

Nesse sentido, o excesso de rigorismo exigido pelo ente licitante se torna prejudicial especialmente para a administração pública, haja visto que da análise do acervo técnico de piso, é possível extrair elementos necessário que comprovem a qualidade e acervo da empresa concorrente.

Nessa toada, vislumbra-se que a certidão de contra piso está implicitamente adequada ao acervo técnico já apresentado. E, em caso de interpretação noutro sentido, têm-se que tão certidão pode ser juntada em momento posterior sem que cause qualquer prejuízo ao ente público.

Ora, o processo licitatório almeja especialmente a proposta mais vantajosa para a administração pública, não podendo esta ser afastada por meras formalidades que podem ser supridas a qualquer momento, ou que não ocasionem qualquer prejuízo para a execução da obra, uma vez que existia desfoque do objeto principal da licitação.

Quanto ao excesso de rigorismo, farto é o entendimento pretoriano acerca da possibilidade de desconsideração dos itens previstos em edital em caso de demonstração plena de execução do objeto licitatório. Nesse caso, a empresa recorrente já está atuando na área há anos, conforme documentos anexos, e pode comprovadamente executar a obra sem qualquer interferências ou incoerências que sejam prejudiciais ao ente público.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça não destoa, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. EXIGÊNCIA DA APRESENTAÇÃO DE DUPLA DECLARAÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO PELA IMPETRANTE. 1 - Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, o Edital é lei entre as partes na licitação e sua observância é obrigatória, mas a vinculação ao edital poderá ser afastada nos casos em que as exigências previstas se mostrarem desnecessárias para o cumprimento do objeto da contratação, ilegais ou impedirem a seleção da proposta mais vantajosa, sua finalidade precípua. Precedentes. 2 - Caso em que a exigência de dupla declaração de que se trata de empresa de pequeno porte não se mostra razoável, devendo ser deferida a medida liminar pretendida, com supedâneo no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. **(Agravo de Instrumento**

**Nº 70038176905, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 10/11/2010).**

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. ILEGALIDADE. EXCESSO DE FORMALISMO. A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não-exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar. Tem a impetrante direito líquido e certo a prosseguir no certame, nulo o ato que a desabilitou. RECURSO DESPROVIDO, MANTIDA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. VOTO VENCIDO. **(Apelação e Reexame Necessário Nº 70025791286, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 15/10/2008).**

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região também já assentou:

**TRF-3 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 22897 SP 2003.61.00.022897-9 (TRF-3)**

**Data de publicação:** 28/08/2008

**Ementa:** ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. INABILITAÇÃO DE EMPRESA CONCORRENTE. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL DE FUNCIONÁRIO ESPECIFICAMENTE QUALIFICADO COMO MEIO EXCLUSIVO DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Edital da Concorrência nº 001/2003 da CEF, determinava em seu item 6.1.4.3, letra b, que a comprovação da empresa possuir em seu quadro técnico, no mínimo um profissional de nível superior graduado em Engenharia Mecânica ou outra titulação com atribuição profissional pertinente, deveria se dar mediante: a apresentação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, comprovando o vínculo empregatício do profissional na empresa licitante. 2. Verifica-se, ainda, nos termos da Ata nº 111/2003 que, posteriormente, a impetrante apresentou a referida CTPS e foi considerada habilitada apenas para o item 9 do referido certame, por terem sido atendidas todas as exigências do edital. 3. Entendeu a autoridade impetrada que o art. 40 da CLT confere eficácia probatória às anotações constantes na CTPS, o que não se estende às fichas de registro de empregados, nos termos do art. 41 da CLT. 4. Percebe-se claramente que a finalidade essencial da exigência contida no Edital é a comprovação do vínculo empregatício de funcionário portador de qualificação técnica específica com a empresa concorrente. 5. Assim, a exigência da apresentação da CTPS, como forma exclusiva para esta comprovação, configura formalidade excessiva, principalmente por ter sido suprimida através da apresentação da ficha de registro do trabalhador na

empresa, documento obrigatório e idôneo, nos termos do art. 41 da CLT . 6. Sob outro aspecto, o ato impugnado prejudicaria a própria finalidade da licitação, qual seja a aferição da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, uma vez que a impetrante atendeu todas as exigências técnicas necessárias para participar da Concorrência. 7. Precedentes do C. STJ. 8. Apelação improvida.... (g.n.)

Nosso Tribunal de Contas Catarinense, manifesta-se sobre a matéria, no prejudgado referente processo nº REC 11/00458074, inclusive mencionando a decisão colacionada do Egrégio tribunal de Contas da União.

Nesse cotejo, indubitável a injustiça aforada exclusão da empresa.

O art. 43, §3º da antiga lei de licitações autoriza o saneamento a de meras irregularidade e vícios sanáveis e a nova legislação tornou-a ainda menos formalista.

Como já exaustivamente enfatizado, doutrina e jurisprudência há muito já consolidaram o entendimento de que não é aceitável a desclassificação de proposta ante a exigência de questões irrelevantes que atentem quanto ao princípio da livre concorrência ou mesmo que prejudiquem-na ou ainda, quando não se oferta ao licitante a oportunidade de juntá-la.

HELY LOPES MEIRELLES (Licitação e Contrato Administrativo, 12º ed. São Pulo: Malheiros, 1999, p. 171) adverte que formalismo nas licitação “(...) não significa que a Administração deva ser “formalista” a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessários 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 IRREGULARIDADES NA DOCUMENTAÇÃO OU NA PROPOSTA, DESDE QUE TAIS OMISSÕES OU IRREGULARIDADE SEJAM IRRELEVANTE E NÃO CAUSEM PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO OU AOS CONCORRENTES. A REGRA É A DOMINANTE NOS PROCESSOS JUDICIAIS: NÃO SE DECRETA NULIDADE ONDE NÃO HOUVE DANO PARA QUALQUER DAS PARTES – PAS DE NULLITE SANS GRIFF, NO DIZER DOS FRANCESES.

MARÇAL JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9. Ed. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 73-77) segue a mesma linha, ensinando que “a apresentação de documentos, o procedimento de formulários, a elaboração das propostas não se constituem em condutas ritualísticas. Não se trata de

*verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se do modo mais conforme ao texto da Lei. Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se a sua proposta é vantajosa ou satisfatória. Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie das exigências legais, ainda que não seja adotada a estrita regulação imposta na Lei ou no Edital (...) Não se deve conhecer que toda e qualquer divergência com texto da Lei ou do Edital conduz à inviabilidade, à inabilitação ou à desclassificação (...) Mesmos vícios formais - de existência irrefutável - podem ser superados quando não importam em prejuízo ao interesse pública ou dos demais licitantes. Não se configura lesão ao interesse de outro licitante restrito apenas à questão de ser derrotado. É imprescindível evidenciar que os defeitos ou vícios da proposta ou documentação traduzem frustração ao espírito competitivo, à lisura da disputa ou à razão que conduziu à adoção de certa exigência. (finalidade) - op. cit., pp. 75 e 77).*

O saudoso CARLOS PINTO COELHO MOTTA (Licitação –Equívoco na Inclusão de Documento – Falha Formal Superável – Circunstância Autorizadoras, in BLC 09/200, pp. 465 e ss.) não discrepava:

“... o processo licitatório, embora de natureza formal, transcende e supera o mero ritual burocrático, porquanto é orientado pelos princípios globais e teleológicos afirmados no art. 37, da Constituição Federal e traduzidos no art. 3º da lei n. 8.666/93. O princípio da finalidade na licitação é, portanto, um adversário do burocratismo e uma apelo aos horizontes mais amplos da eficiência de processos e eficácia de resultados (...) A experiência prática veio confirmar este entendimento, conforme jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: “A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quando mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do Edital não devem funcionar como negações, para abater concorrentes.” (STJ, MS n. 5.623, DJ de 18.2.98, p.2., g.n.).”(g.n)

Importante destacar que piso e contrapiso é praticamente o mesmo serviço, contudo, caso entenda estritamente necessário, ferindo o princípio da isonomia, junta-se neste momento acervo específico, vez que a recorrente já executou dezenas de obras em municípios da região e no Estado de Santa Catarina e acervo

técnico é o que não falta, suprimindo assim eventual falta, caso mantida a interpretação de sua imprescindibilidade.

Refuta-se portanto, e pede provimento modificando a decisão anterior e habilitando a recorrente na forma da lei e das normas editalícias.

### **II.3 QUANTO AO ALEGADO “no item 5.4.5 do edital a empresa não apresentou demonstração de capacitação técnico-profissional na data prevista”.**

Quanto ao item referido, acerca da não demonstração de capacitação técnico-profissional na data prevista, têm-se que a empresa recorrente agiu de acordo com as normas expostas pelo ente contratante, visto que seguiu as instruções recebidas da comissão e também previstas no edital.

Conforme transigido, a empresa realizou a declaração requerida pela comissão de licitação, que informou que bastaria a informação por declaração de que realizaria a devida contratação de Engenheiro Mecânico assim que houvesse o resultado da licitação, isto é, se fosse vencedora.

Cediço senhores que é raro uma empresa ter em seu rol de colaboradores, de forma fixa, um engenheiro mecânico, já que necessário apenas para obras específicas.

Outros municípios e o próprio Estado de Santa Catarina estão exigindo apenas a declaração, justamente por saberem a dificuldade de contratação fixa de um engenheiro mecânico.

Exigir isso é afronta específica a lei de licitações, pois cerceia a concorrência e pretere de pequenas empresas a participação de certames, justamente porque manter um colaborador de forma fixa sem a obra específica que o torna necessário é exigência por demais ilegal e exacerbada.

Nesse sentido, também pode-se verificar que a declaração pode suprir o suposto documento faltante, haja visto que há comprometimento da empresa e, em caso de descumprimento deste, haveria a possibilidade de rescisão contratual. Ou seja, é possível considerar que não haverá prejuízo algum para execução do objeto da licitação frente às apresentações da empresa recorrente.

Portanto, o rigorismo excessivo acaba por afastar a proposta mais vantajosa ao ente público, motivo pelo qual a empresa recorrente deve ser considerada apta e deve prosseguir no processo licitatório.

Do STF basta a citação de um único e paradigmático precedente, qual, seja, o ROMS n. 23.714-1/ DF, Relator o Min, SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª turma, j. 05.09.2000, BLC 07/2001, p. 458, assim ementado:

***“LICITAÇÕES. PROPOSTA, MERA IRREGULARIDADE FORMAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. INTERPRETAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO”.***

Merecem transcrição os seguintes excertos do Voto do Relator:

*“Acerca do processo de licitação pública, observe-se do insigne José CRETELLA JÚNIOR:*

*“ A finalidade do procedimento licitatório (...) no Direito universal e brasileiro é bem clara: em primeiro lugar, é o mais idôneo meio para possibilitar contratos mais vantajosos para o Estado, o que se dá conforme os princípios que regem a lei da oferta e da procura; em segundo lugar, pelo fato de colocar a salvo o prestígio administrativo, escolhendo não o preferido, mas aquele que, objetivamente, fez a melhor proposta” (...).*

*“Economizar para os cofres públicos”, por um lado, “justiça na escolha”, por outro, e, finalmente, “condições mais vantajosas” são os objetivos que a Administração deve alcançar, mediante o procedimento licitatório.*

*Em suma, “que pelo menor preço se empreenda o melhor serviço” – eis o objetivo ideal que o estado deve alcançar mediante a licitação (Das Licitações Pública, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 119). (...)*

*Se de fato o edital é a “lei interna” da licitação, DEVE-SE ABORDÁ-LO FRENTE AO CASO CONCRETO, tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, INTERPRETANDO- O À LUZ DO BOM SENSO E DA RAZOABILIDADE, NUNCA SE ESGOTANDO NA LITERALIDADE DE SUAS PRESCRIÇÕES. Assim sendo, A VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO EDITALÍCIO DEVE SER ENTENDIDA SEMPRE DE FORMA A ASSEGURAR O ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO, REPUDIANDO-SE QUE SE SOBREPONHAM FORMALISMOS DESARRAZOADOS. Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis, os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício.*

*Dessa forma, se a irregularidade praticada pela licitante vencedora a ela não trouxe vantagem, nem implicou em desvantagem para as demais licitantes, não resultando assim em ofensa à igualdade; se o vício apontado não interfere no julgamento objetivo da proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa”.*

Do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já são clássicos os seguintes precedentes, cujas ementas, autoexplicativas, dispensam a transcrição de relatórios ou votos para a compreensão do decidido:

**“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVEL. LICITAÇÃO. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EXIGÊNCIA DESCABIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFERIMENTO. – A VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, EM FACE DA LEI DE REGÊNCIA, NÃO VAI AO EXTREMO DE SE EXIGIR PROVIDÊNCIA ANÓDINAS E QUE EM AINDA INFLUENCIAM NA DEMONSTRAÇÃO DE QUE O LICITANTE PREENCHE OS REQUISITOS (TÉCNICOS E FINANCEIROS) PARA PARTICIPAR DA CONCORRÊNCIA.**

**- Comprovando, o participante (impetrante), através de certidão, a sua inscrição perante a Prefeitura Municipal, exigir-se que este documento esteja numerado – como condição de habilitação ao certame – constitui providência excessivamente formalista exteriorizando reverência fetichista às cláusulas do edital.**

**- Segurança concedida. Decisão indiscrepante”. (MS 5647/DF, DJ 17/02/1999, P. 00102, Rel Min. Demócrito Reinaldo, data da decisão 25/11/19998, Primeira Seção)**

Ainda:

**“STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 657906 CE 2004/0064394-4**  
**(STJ)**

**Data de publicação: 02/05/2005**

**Ementa:** PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CARTA CONVITE. **EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO.**

**DESCLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE. 1. Recurso especial oposto contra acórdão que concedeu segurança postulada pela empresa recorrida por ter a recorrente desclassificando-a em procedimento de licitação carta convite, ao entendimento de que a CEF teria feito, em seu edital licitatório, **exigência** com um **formalismo excessivo**, consubstanciado que a licitante apresentasse, junto com sua proposta, catálogos técnicos ou prospectos do sistema de ar-condicionado, que foi objeto do certame. 2. A fim de resguardar o interesse público, é assegurado à Administração instituir, em procedimentos licitatórios, **exigências** referentes à capacidade técnica e econômica dos licitantes. No entanto, é ilegal a desclassificação, na modalidade carta convite,**



da proposta mais vantajosa ao argumento de que nesta não foram anexados os manuais dos produtos cotados, cuja especificação foi realizada pela recorrida. 3. Recurso não provido”(g.n.)

Quanto a flexibilização do edital, notadamente com o intuito de dar prevalência ao objetivo maior da licitação, a qual é, justamente, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, a Corte Estadual de Justiça tem se manifestado no seguinte sentido:

**“1) Mandado de Segurança n. 2008.081629-4, da Capital. Relator: Des. Newton Janke, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. em 13.05.2009:**

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE OXIGENOTERAPIA DOMICILIAR A PACIENTES DO ESTADO DE SANTA CATARINA. INABILITAÇÃO DA APRESENTANTE DA MELHOR PROPOSTA POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS DO EDITAL. INOCORRÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.**

*No procedimento licitatório, a Administração não pode, na fase de habilitação, surpreender os licitantes com exigências que não estejam, clara, objetiva e previamente dispostas, assim como o princípio da vinculação ao edital "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 (Hely Lopes Meirelles).*

**2) Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2007.061035-2, de Lages, rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29.04.2008:**

*É certo que a licitação deve ser guiada pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do formalismo, e que tais diretrizes propõem-se a garantir os fins do certame e os interesses públicos do órgão licitante. Todavia, não pode o respeito à formalidade, ou qualquer um dos outros princípios, ser excessivo a ponto de frustrar o objetivo principal da concorrência pública que é, em última análise, a contratação da oferta mais vantajosa para a Administração.*

**3) Mandado de Segurança n. 2006.013114-5, da Capital. Relator: Des. Luiz César Medeiros, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. em 12.07.06:**

**ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – EXIGÊNCIA CONTIDA NO EDITAL – DOCUMENTOS QUE A SUPREM**

*Se houve mera irregularidade na juntada da documentação exigida pelo edital, que foi suprida pelos outros documentos anexados, é violadora de direito líquido e certo a inabilitação da empresa licitante.”*

Nosso Egrégio Tribunal de Justiça assentou:

**“TJSC Mandado de Segurança MS 20130678016 SC 2013.067801-6 (Acórdão) (TJ-SC)**

**Data de publicação: 10/06/2014**

**Ementa:** MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE DISTRIBUIDORES DE ADUBO ORGÂNICO. LICITANTES INABILITADAS INICIALMENTE. POSTERIOR HABILITAÇÃO QUANDO DO JULGAMENTO DE SEUS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. IMPETRANTE QUE PRETENDE A INABILITAÇÃO DA VENCEDORA DO CERTAME. SUPOSTA FALSIDADE DE SEU ATESTADO TÉCNICO. TESE AFASTADA À MÍNGUA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA A RESPEITO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À PERMANÊNCIA NO CERTAME. LEGALIDADE DO ATO COMBATIDO. AUTORIDADE IMPETRADA QUE HABILITOU AS DUAS LICITANTES AO DISPENSAR O **FORMALISMO EXCESSIVO** EM BENEFÍCIO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. MEDIDA PLENAMENTE CABÍVEL NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. ESCOLHA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. "4. A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições **editais**, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666 /93, art. 41 ). Contudo, rigorismos formais extremos e **exigências** inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666 /93, art. 3º ) (REsp. n. 797.170/MT, relª Minª Denise Arruda, j. 17-10-2006).”(g.n.)

Portanto, nada interfere no processo licitatório, podendo a qualquer momento o vício ser corrigido, e até mesmo tais informações além de já constarem nos dados do ente licitante, vez que o recorrido já formalizou contratos de licitações vencedoras pretéritas, esses dados estariam inseridos, inexoravelmente, no contrato administrativo da execução, devendo-se, assim, ser mantida a empresa CONSTRULACER como vencedora do referido procedimento, tendo em vista a obediência ao rigorismo moderado e ainda, aos demais ditames legais, instrumentais que regem os processos licitatórios.

O saudoso CARLOS PINTO COELHO MOTTA (Licitação –Equívoco na Inclusão de Documento – Falha Formal Superável – Circunstância Autorizadoras, in BLC 09/200, pp. 465 e ss.) não discrepava:

... o processo licitatório, embora de natureza formal, transcende e supera o mero ritual burocrático, porquanto é orientado pelos princípios globais e teleológicos afirmados no art. 37, da Constituição Federal e traduzidos no art. 3º da lei n. 8.666/93. O princípio da finalidade na licitação é, portanto, um adversário do burocratismo e uma apelo aos horizontes mais amplos da eficiência de processos e eficácia de resultados (...) A experiência prática veio confirmar este entendimento, conforme jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quando mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do Edital não devem funcionar como negações, para abater concorrentes.” **(STJ, MS n. 5.623, DJ de 18.2.98, p.2., g.n.). (...).**

Finalmente, calha a citação de FÁBIO BARBALHO LEITE em trabalho específico sobre o tema (A mitigação do formalismo no julgamento da habilitação e das propostas em licitações, in BLC, 01/2005, PP. E SS.):

As formas impõe-se a serviço, no caso concreto, de um valor / fim jurídico aparecido como relevante pelo Direito. O descumprimento de uma formalidade importa na anulação ou ausência de eficácia do ato apenas se tal vício houver frustrado o atendimento do fim a que serve o requisito formal em causa (...).

O descumprimento de exigências editalícias pela documentação apresentada na fase de habilitação ou propostas em certames públicos somente justificada a inabilitação do licitante ou a desclassificação da proposta se for relevante.

Da jurisprudência, citamos aqui apenas alguns precedentes das três Cortes com competência para virem a julgar o presente processo: STF, STJ TCU.

Do STJ basta a citação de um único e paradigmático precedente, qual, seja, o ROMS n. 23.714-1/ DF, Relator o Min, SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª turma, j. 05.09.2000, BLC 07/2001, p. 458, assim ementado:

LICITAÇÕES. PROPOSTA, MERA IRREGULARIDADE FORMAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. INTERPRETAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Merecem transcrição os seguintes excertos do Voto do Relator:

Acerca do processo de licitação pública, observe-se do insigne José CRETELLA JÚNIOR:

A finalidade do procedimento licitatório (...) no Direito universal e brasileiro é bem clara: em primeiro lugar, é o mais idôneo meio para possibilitar contratos mais vantajosos para o Estado, o que se dá conforme os princípios que regem a lei da oferta e da procura; em segundo lugar, pelo fato de colocar a salvo o prestígio administrativo, escolhendo não o preferido, mas aquele que, objetivamente, fez a melhor proposta” (...).

“Economizar para os cofres públicos”, por um lado, “justiça na escolha”, por outro, e, finalmente, “condições mais vantajosas” são os objetivos que a Administração deve alcançar, mediante o procedimento licitatório.

Em suma, “que pelo menor preço se empreenda o melhor serviço” – eis o objetivo ideal que o estado deve alcançar mediante a licitação (Das Licitações Pública, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 119). (...)”

Se de fato o edital é a “lei interna” da licitação, DEVE-SE ABORDÁ-LO FRENTE AO CASO CONCRETO, tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, INTERPRETANDO- O À LUZ DO BOM SENSO E DA RAZOABILIDADE, NUNCA SE ESGOTANDO NA LITERALIDADE DE SUAS PRESCRIÇÕES. Assim sendo, A VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO EDITALÍCIO DEVE SER ENTENDIDA SEMPRE DE FORMA A ASSEGURAR O ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO, REPUDIANDO-SE QUE SE

SOBREPONHAM FORMALISMOS DESARRAZOADOS. Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis, os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício.

Dessa forma, se a irregularidade praticada pela licitante vencedora a ela não trouxe vantagem, nem implicou em desvantagem para as demais licitantes, não resultando assim em ofensa à igualdade; se o vício apontado não interfere no julgamento objetivo da proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.

O Tribunal de Contas da União já analisou a matéria e assim assentou:

**“GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO**

**TC-029.469/2013-9**

**Natureza: Representação**

**Unidade: Município de Alto Alegre dos Parecis/RO**

**Responsável: Obadias Braz Odorico, Prefeito  
(CPF 288.101.202-72)**

**Interessado: Oliveira & Garcia Construções e Terreplanagens  
Ltda. – ME (CNPJ 03.174.630/0001-70)**

**Advogado constituído nos autos: não há**

**SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITANTE. CONVÊNIO. CONSTRUÇÃO DE CENTRO DE SAÚDE. INDÍCIOS DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS NO EDITAL. DEMONSTRATIVOS CONTÁBEIS, ATESTADOS E GARANTIA. OITIVA DA PREFEITURA. NÃO CONFIRMAÇÃO DE PARTE DOS FATOS NOTICIADOS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NEGATIVA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. CIÊNCIA DAS FALHAS. ARQUIVAMENTO.”**

Na mesma esteira:

**“GRUPO II – CLASSE VII – Plenário**

**TC 034.608/2014-1**

**Natureza: Representação**

**Entidade: município de Cândido Sales/BA**

**Responsável: Hélio Fortunato Pereira (635.723.895-34)**

**Interessado: Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado da Bahia (00.394.544/0179-08)**

**Advogado constituído nos autos: não há**

**SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. MUNICÍPIO DE CÂNDIDO SALES/BA. RECURSOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NO EDITAL DA TOMADA DE PREÇOS 8/2014. CONHECIMENTO. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA DO MUNICÍPIO. EXIGÊNCIAS INDEVIDAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.”(g.n.)**

Interessante colacionar trechos da decisão acima, na qual as razões servem como uma luva confortante ao caso concreto em tela: *in verbis*:

“..

**23. O subitem 10.4, in fine, do edital estabelece que a visita técnica ao local da obra deverá, obrigatoriamente, ser realizada por engenheiro, arquiteto ou técnico de edificações vinculado à empresa licitante. Já o subitem 10.4.1, por sua vez, elenca os documentos por meio dos quais poderá ser comprovado o vínculo profissional, dentre os quais Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) assinada pela empresa e registro do profissional junto ao respectivo conselho profissional como responsável técnico da licitante.**

24. Conforme consignado no Acórdão 2299/2011 – Plenário, a obrigatoriedade de que a visita técnica fosse realizada por engenheiro civil, responsável técnico da empresa licitante, exigiria, implicitamente, que a empresa possuísse o profissional em seus quadros permanentes, pois impõe a contratação do engenheiro antes mesmo da realização da licitação.

25. Nas palavras do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, relator do feito, tal exigência, que inibiria a participação de possíveis interessados, não se coadunaria com a jurisprudência do Tribunal. Ainda de acordo com o relator, ‘o interesse é que o engenheiro esteja disponível para desempenhar seus serviços, de modo permanente, durante a execução do contrato’.

26. É dizer, a simples prova da existência de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum, firmado entre a licitante e o profissional já seria suficiente para comprovar o vínculo. Nesse sentido, os Acórdãos 2.297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1.097/2007, 103/2009, 600/2011 e 2.898/2012, todos do Plenário deste Tribunal.

27. Tudo o que foi dito em relação aos subitens 10.4 e 10.4.1 pode ser aplicado ao subitem 12.3, alíneas ‘b’, ‘c’, ‘d’ e ‘e’, referente à qualificação técnica.

28. Bastante esclarecedor o seguinte excerto do voto condutor do Acórdão 2.297/2005-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler:

‘10. A exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, a meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma vez que o essencial, para a Administração, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. Em outros termos, o sujeito não integrará o quadro permanente quando não estiver disponível para

**prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto do licitado.**

**11. A regra contida no artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, não pode ser tomada em caráter absoluto, devendo-se sopesá-lo diante dos objetivos que se busca alcançar com a realização das licitações, quais sejam, a garantia de observância ao princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.**

**12. Assim, se o profissional assume os deveres de desempenhar suas atividades de modo a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, o correto é entender que os requisitos de qualificação profissional foram atendidos. Não se pode conceber que as empresas licitantes sejam obrigadas a manter profissionais de alta qualificação, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação, pois a interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configuraria como uma modalidade de distorção.**

**13. Atender, no caso em tela, à letra fria desse dispositivo, sem considerar os objetivos da Administração e os limites de exigência de qualificação técnica, suficientes para a garantia do cumprimento das obrigações, seria desbordar para o formalismo que se basta em si mesmo, sem ter em vista qualquer outro objetivo consentâneo com o interesse público.**

**14. As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.**

**15. Nesse sentido, entendo que seria suficiente, segundo alega a representante, a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.**



**16. Esse posicionamento encontra guarida no entendimento segundo o qual a Constituição Federal somente autoriza exigências que configurem um mínimo de segurança. Portanto, não há de se admitir exigências que vão além disso com base no argumento de que a segurança da Administração restaria ampliada, na medida em que o máximo de segurança corresponderia, inequivocamente, ao máximo da restrição. E essa não é a solução proclamada pela Carta Magna.'**

**29. Nesse momento, cabe registrar, por oportuno, os comentários de Marçal Justen Filho, In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, editora Dialética, págs. 332/333, sobre o conceito de "quadros permanentes", constante do art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93:**

**'A Lei exigiu que o profissional integre os 'quadros permanentes', expressão que não foi objeto de definição. Deve reputar-se que o quadro permanente de uma empresa consiste no conjunto de pessoas vinculadas a ela com cunho de permanência, sem natureza eventual ou precária. Tem-se entendido que isso se passa nos casos de vínculos trabalhista ou societário. O profissional que é empregado de uma empresa faz parte de seu quadro permanente. O mesmo se põe relativamente aos sócios. Um prestador de serviços, sem vínculo empregatício, preencheria os requisitos legais? Na praxe da atividade administrativa, tem-se rejeitado a hipótese, mas parece que o tema comporta maior aprofundamento. Suponha-se um arquiteto de enorme renome e grande reputação, que se dispõe a prestar seus serviços de consultoria a uma empresa de engenharia. Tendo assumido deveres de desempenhar suas atividades de molde a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, seria correto entender que os requisitos de qualificação técnica profissional foram atendidos? Responde-se de modo positivo. A autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício mas não afasta a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente. O sujeito não compõe o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente, durante a execução do objeto licitado.'**

*Não é possível, enfim, transformar a exigência de qualificação técnica profissional em uma oportunidade para garantir 'emprego' para certos profissionais. Não se pode conceber que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar da licitação. A interpretação ampliativa e rigorosa da exigência do vínculo trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: o fundamental, para a Administração Pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião da execução do futuro contrato. É inútil, para ela, que os licitantes mantenham profissionais de alta qualificação empregados apenas para participar da licitação. É suficiente, então, a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.*

*Aliás, essa é a interpretação que se extrai do próprio art. 30, quando estabelece que as exigências acerca de pessoal qualificado devem reputar-se atendidas mediante mera declaração de disponibilidade apresentada pelo licitante. Como justificar entendimento diverso a propósito dos profissionais de maior experiência? Não se afigura existente alguma resposta satisfatória para tal indagação.'*

*30. Vale assinalar que o fato de um profissional, na data da entrega dos envelopes, pertencer ao quadro permanente da empresa licitante não assegura que esse profissional estará na empresa durante a execução da obra ou do serviço a ser contratado, uma vez que poderá ocorrer o seu desligamento após esse momento.*

*31. Com vistas a solucionar a questão, foi incluído, pela Lei 8.883/94, o §10 no art. 30 da Lei 8.666/93, que dispõe:*

*§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional 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.*

**32. O Prof. Marçal Justen Filho, na obra acima citada, pág. 334, ao analisar o problema da alteração do quadro de pessoal, assim se manifesta:**

**‘A Lei nº 8.883 introduziu o § 10 para o art. 30, solucionando problema que poderia resultar complexo. As exigências acerca de qualificação técnica profissional se reportavam ao momento previsto para entrega das propostas. Ora, não havia solução expressa para a hipótese de o profissional, cujo currículo conduziu à habilitação do licitante, ter sido desligado de seus quadros de pessoal. O § 10 determina a possibilidade (e o dever, aliás) de substituição dos profissionais indicados para fins de habilitação. A aprovação da substituição por parte da Administração não possui cunho discricionário, tal como se passa com a própria habilitação. Não se pode invocar o cunho personalíssimo do contrato administrativo para negar a possibilidade de substituição de um profissional por outro, se a qualificação do substituto for, no mínimo, equivalente à do substituído.’**

**33. Dessa forma, é de concluir que o que a lei determina é que na data da entrega dos envelopes e durante a execução da obra ou do serviço licitado a contratada conte com profissional qualificado, vinculado à empresa por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, ou que tenha vínculo trabalhista ou societário com a empresa.**

**34. Portanto, a exigência do vínculo do profissional indicado por meio de participação societária ou de caráter empregatício restringe a competitividade do certame e afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.**

**35. Diante do quadro apresentado, e tendo em vista que a resposta à oitiva promovida não trouxe elementos capazes de afastar as irregularidades constantes do edital, que restringiram sobremaneira a participação de licitantes no certame, é cabível a proposta de determinar a anulação da Tomada de Preços 008/2014 promovida pelo município de Cândido Sales - BA.**

...”(g.n.\_

Além a matéria já tenha sido dissecada no Tribunal de Contas da União, basicamente todos os tribunais de contas dos Estados tem esse entendimento, como é o caso de São Paulo que, inclusive, sumulou a matéria:

“TCE SP

***SÚMULA Nº 25 - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.”(g.n.)***

O vínculo trabalhista ou relação contratual é uma opção e não poderá ser uma regra, que deve ser facultada após vencer o certame, desde que devidamente compromissado com a declaração específica. Eis ai mais uma decisão do TCU sobre o assunto que se utiliza por analogia ao caso em análise:

***“abstenha de exigir comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante, uma vez que extrapola as exigências de qualificação técnico-profissional, definidas no art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, e passe a admitir a comprovação da vinculação dos profissionais ao quadro permanente por intermédio de apresentação de contrato de prestação de serviço, de forma consentânea ao posicionamento jurisprudencial da Corte de Contas nos Acórdãos nºs 361/2006-Plenário, 170/2007-Plenário, 892/2008-Plenário e 1.547/2008- Plenário (item 1.5.2, TC-021.108/2008-1)***

***“...o profissional esteja em condições de desempenhar seus trabalhos de forma efetiva no momento da execução contratual. Sendo assim, o contrato de prestação de serviços regido pela legislação civil comum se revela suficiente para a Administração Pública” (Acórdão n.º 1898/2011-Plenário, TC-011.782/2011-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.07.2011.)***

***“É desnecessário, para comprovação da capacitação técnico-profissional, que o empregado possua vínculo empregatício, por meio de Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS assinada, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum, tratada no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.”***  
**Acórdão 103/2009 Plenário (Sumário).**

Ainda, por analogia:

***“Concorrência para execução de obra: 1 – Exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante, para fim de qualificação técnico-profissional”.***

***É desnecessário, para fim de comprovação da capacitação técnico-profissional, prevista no art. 30, §1º, I, da Lei n.º 8.666/93, que o profissional mantenha vínculo empregatício, por meio de contrato de trabalho, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviço regido pela legislação civil comum. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação acerca de possíveis irregularidades existentes nos editais das Concorrências n.os 016/2009, 022/2009 e 026/2009, promovidas pela Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social em Belém/PA, para a construção de agências de atendimento da Previdência Social. A representante contrapõe-se à exigência constante do item 2.3, alíneas “c”, “e” e “f”, dos respectivos editais, que obriga a licitante a fazer prova de que o responsável técnico (engenheiro) integra o seu quadro permanente, mediante vínculo empregatício ou mesmo societário, não aceitando que ele seja profissional autônomo, contratado pela licitante para a prestação de serviço, em desacordo com a jurisprudência do TCU. A unidade técnica, em face das circunstâncias do caso concreto, manifestou-se pela procedência parcial da representação, propondo, ainda, a expedição de determinação corretiva à entidade, para futuros certames. Para o relator, “as particularidades que encerram o caso concreto justificam o encaminhamento formulado pela unidade técnica, especialmente pelos seguintes pontos destacados na instrução: a) em que pese o entendimento consolidado na jurisprudência do TCU, não houve determinação diretamente direcionada à Gerência Executiva do INSS no Pará, no sentido de exigir que a autarquia abstenha-se de limitar***

**que a comprovação de qualificação técnico-profissional se dê exclusivamente pelos meios constantes dos editais em exame (Concorrências nº 016, 022 e 026/2009); b) a possibilidade de comprovação de vínculo entre o profissional e a empresa, para efeito de qualificação técnico-profissional, via contrato de prestação de serviço, ainda não é uma prática totalmente pacificada no âmbito administrativo – não obstante estar em constante evolução -, de igual sorte na esfera doutrinária; c) a exigência editalícia não ocorreu por critérios subjetivos, mas, pelo contrário, por exigência objetiva calcada em interpretação restritiva da norma, em observância aos princípios constitucionais, não podendo, assim, ser considerada manifesta ilegalidade.”** Ao final, o relator registrou que, **“inobstante a restrição causada à empresa representante, não há elementos nos autos que comprovem que a exigência inquinada resultou em prejuízo à competitividade dos certames ou à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Ao contrário, os documentos constantes dos autos, pelo menos no que toca à Concorrência n.º 022/2009, demonstram que 4 (quatro) empresas participaram efetivamente da licitação, e que o preço da proposta vencedora resultou em uma diferença, a menor, de 19% em relação ao valor global estimado no edital.”** O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1.908/2008, 2.382/2008 e 103/2009, todos do Plenário. Acórdão n.º 1043/2010-Plenário, TC-029.093/2009-1, rel. Min. José Jorge, 12.05.2010.(g.n.)

Tamanha a irregularidade com a manutenção da sanção havida, que salta aos olhos advir esse entendimento, mesmo depois de tantos certames cujos dispositivos do edital são idênticos e mesmo diante de uma matéria tão remansosa tanto pelos tribunais quanto pela doutrina e inclusive, em 2018 arrematada com a Lei 13726/2018.

A jurisprudência dos tribunais de Justiça não destoa, vejamos:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. EXIGÊNCIA DA APRESENTAÇÃO DE DUPLA DECLARAÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO PELA IMPETRANTE. 1 - Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, o Edital é lei**

**entre as partes na licitação e sua observância é obrigatória, mas a vinculação ao edital poderá ser afastada nos casos em que as exigências previstas se mostrarem desnecessárias para o cumprimento do objeto da contratação, ilegais ou impedirem a seleção da proposta mais vantajosa, sua finalidade precípua. Precedentes. 2 - Caso em que a exigência de dupla declaração de que se trata de empresa de pequeno porte não se mostra razoável, devendo ser deferida a medida liminar pretendida, com supedâneo no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70038176905, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 10/11/2010)”**

**“APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. ILEGALIDADE. EXCESSO DE FORMALISMO. A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não-exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar. Tem a impetrante direito líquido e certo a prosseguir no certame, nulo o ato que a desabilitou. RECURSO DESPROVIDO, MANTIDA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. VOTO VENCIDO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70025791286, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 15/10/2008) “**

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, analisando caso idêntico ao presente assim deixou assentado:

**“MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE PROPONENTE. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE PESSOA JURÍDICA CREDENCIADA PELO CREA VENCIDO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMONSTRANDO QUE A IMPETRANTE POSSUÍA O REFERIDO DOCUMENTO REGULARIZADO QUANDO DA ENTREGA DO ENVELOPE DE HABILITAÇÃO. EQUÍVOCO PRATICADO. EXCESSO DE FORMALISMO E AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA DESPROVIDA. (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2008.051393-4, de Itajaí, rel. Des. Cesar Abreu , j. 31-03-2009)”**

Nesse cotejo, se vê claramente, que o caso em tela, que os fundamentos alicerçados nesta desqualificação da empresa são temerários, implausíveis e sem

qualquer relevância jurídica, que autorize uma desclassificação ou afastamento da recorrida do referido certame.

### **III. DO PEDIDO**

Diante do exposto, pede a recorrida seja o presente recurso conhecido, recebido e processado na forma da Lei, para que seja, ao final, deferida a juntada dos documentos ora anexados e ainda, desconsiderada a decisão que exclui a empresa CONSTRULACER do processo licitatório, qualificando-a como habilitada e apta para executar o objeto da licitação ou continuar participando do certame na fase de propostas.

Pugna-se, supletivamente, em caso de não provimento do presente recurso, o que não se espera, a disposição de cópia integral do processo licitatório o mais brevemente possível, no afã de instruir medida judicial pertinente.

Nestes termos,

Pede Deferimento.

Lacerdópolis/SC, 31 de agosto de 2021.

**CONSTRULACER COMÉRCIO E CONSTRUÇÃO LACERDÓPOLIS LTDA ME**

***Elson Leoni Chaves***

***Representante Legal.***