

RECEBIDO

27/07/11


Rubens Antonio Correia
Compras & Licitações
Prefeitura de Herval d'Oeste

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE HERVAL D'OESTE-SC

Ref. Concorrência 0001/2011

GL Construtora e Incorporadora Ltda, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 04.312.923/0001-30, com sede na Rua Farroupilha, 361, na cidade de Videira-SC, através de seu representante legal Sr. Geison Bruschi, brasileiro, solteiro, comerciante inscrito no CPF sob nº 2.970.558, podendo ser encontrado no endereço supracitado vem respeitosamente a presença de Vossa Excelência, dentro do prazo legal, nos termos do Edital de Concorrência 0001/2011 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 25/07/2011, que acabou por inabilitá-la no procedimento licitatório, expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir deduzidos:



I- DOS FATOS:

A empresa Recorrente credenciou-se no procedimento licitatório de Concorrência 0001/2011, junto a Prefeitura Municipal de Herval d'Oeste, através de sua Comissão de Licitação, ora Recorrida, o qual objetiva a Construção da Creche Infantil tipo B do Programa Pró-infância no município.

Atendendo as condições editalícias a licitante/recorrente apresentou toda a documentação necessária à Habilitação, objeto do envelope nº 1, bem como referente à Proposta de Preços, objeto do envelope 2.

Ocorre que da abertura dos envelopes de documentações das empresas licitantes, a recorrente restou inabilitada pela Comissão de Licitações, por não apresentar copia do termo de abertura e encerramento do Balanço Patrimonial, estando ausente a comprovação de entrega do balanço na junta Comercial do Estado de Santa Catarina - JUCESC.

A recorrente inconformada com a decisão da Comissão de Licitações, vem por intermédio desta apresentar seu recurso, objetivando sua inclusão na segunda fase do certame licitatório uma vez que atende todas as exigências editalícias e legais necessárias a habilitação.



II- DOS FUNDAMENTOS

Segundo a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Etriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”. (MELLO, Curso de Direito Administrativo, 2004. p. 483.)

A licitação é um procedimento administrativo em que diversos atos são praticados com o intuito de selecionar uma proposta que, conforme critérios objetivos previamente definidos no instrumento convocatório possibilite que seja pactuado um contrato com o proponente que houver ofertado as melhores e mais vantajosas condições. Para esse fim, é necessário que se garanta tratamento isonômico a todos os interessados, devendo estes demonstrar que atendem às condições de qualificação impostas.

O certame seguirá etapas pré-determinadas para habilitação dos licitantes, estando estas fixadas na Lei e no edital licitatório. Após serão examinadas as propostas daqueles que tiverem demonstrado condições de execução do objeto, avaliando-se e classificando-se. O vencedor do certame será desse modo, o licitante que propuser a melhor proposta para a execução do objeto contratual.

A habilitação, de acordo com o procedimento, tem como intuito à verificação das condições de qualificação do licitante para a execução do objeto desejado pela administração, consoante o estabelecimento de condições que deverão estar previstas no instrumento convocatório.

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO "*Habilitação ou qualificação do proponente é o reconhecimento dos requisitos legais para licitar.*". (in, "*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*" – São Paulo: Dialética, 1999 – pág. 287).

A habilitação é realizada de acordo com art. 27 da Lei 8.666/93, limitando-se sua exigência à habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e, agora, também a exigência contida no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, que proíbe o trabalho do menor, conforme exigência introduzida pela Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999.

1- DA INABILITAÇÃO DA RECORRENTE;

No caso em questão a licitante fora inabilitada no procedimento licitatório por não apresentar no envelope de documentação para habilitação, o Termo de Abertura e Encerramento do Balanço Patrimonial, e por estar ausente a comprovação de entrega na Junta Comercial de Santa Catarina. Porém destacamos que no instrumento convocatório em momento algum está prevista a apresentação dos referido Termos de Abertura de Encerramento e comprovação de entrega na JUCESC, junto à documentação para habilitação.

Conforme verificamos da leitura do item 8.1.4.3 do edital, a licitante deveria apresentar na documentação de Habilitação, Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da Lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios.

Vale ressaltar que o Balanço Patrimonial, não possui termo de abertura e encerramento, o que possui é o Livro Diário, no qual estão

registradas todas as transações realizadas pela empresa no período exigível, sendo o Balanço Patrimonial parte integrante do Livro.

A Comissão de Licitações, ao elaborar o edital, não exigiu no item 8.1.4.3 a apresentação do Termo e Abertura e Encerramento do Livro Diário, e, portanto não pode agora simplesmente inabilitar a recorrente fundamentando sua decisão na falta destes documentos. Agindo dessa forma, a Comissão de Licitações está ferindo o disposto no art. 41 da lei 8.666/93, segundo o qual, a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, pois o respeito ao edital, é o princípio básico de toda licitação.

Além disso, a Comissão de Licitações fundamentou sua decisão na lei 10.406/02, sem ao menos citar o artigo que se baseou, demonstrando a fragilidade de sua decisão. Deduzimos referi-se ao capítulo IV, da Escrituração, capítulo que cita tão somente o procedimento para o Contabilista realizar a escrituração dos Livros Contábeis, não fazendo qualquer menção a aplicação do Balanço Patrimonial em procedimentos licitatórios.

Não bastasse o exposto, a Comissão de Licitações demonstrou ainda mais fragilidade na sua fundamentação, ao citar um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que é contrario a sua própria alegação. Como podemos verificar da leitura da decisão citada, a apresentação do Termo de Abertura e Encerramento do Livro Diário era uma exigência contida no edital, diferente do caso em questão, senão vejamos:

"Agravo de Instrumento nº 2009.010556-5 **"MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR- PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – TOMADA DE PREÇO – APRESENTAÇÃO DO TERMO DE ABERTURA E**

**ENCERRAMENTO DO LIVRO DIÁRIO – EXIGÊNCIA CONTIDA NO EDITAL –
DESCUMPRIMENTO- EMPRESA CONSIDERADA INABILITADA – LIMINAR
DENEGADA- DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO”. (grifamos)**

Desta análise demonstramos ser totalmente infundada e frágil a base tomada para decisão a Comissão de Licitações. Como verificamos e comprovamos, o edital de Concorrência 0001/2011, não exigiu a apresentação dos Termos de Abertura e Encerramento do Livro Diário e, portanto a recorrente não pode ser inabilitada para a segunda fase do certame, tendo como base esse fundamento.

Além disso, segundo a lei de 8.666/93 a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á ao que está prevista no art. 31, senão vejamos o dispositivo:

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados a mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 2º Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta lei, como dado objetivo de

comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior, não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º (Vetado)."

É indiscutível que a Administração Pública, nas licitações, é obrigada a definir condições para que os participantes do certame possam atender satisfatoriamente aos interesses estatais e para que o objeto da licitação seja alcançado. Para isso, deve elaborar o edital licitatório em conformidade com a Lei n.º 8.666/93, sempre atenta aos fins dessa norma, senão vejamos o disposto no art. 3.º de referida Lei:

"Art. 3.º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e 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 publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1.º É vedado aos agentes públicos:



I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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."

Segundo esses dispositivos, não pode haver licitação com discriminações entre participantes, seja favorecendo determinados proponentes, seja afastando outros ou desvinculando-os no julgamento. A igualdade entre os licitantes é princípio irrelegável na licitação.

Nesse sentido Celso A. Bandeira de Mello afirma que:

"o princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme às pessoas que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (isto é, a face da constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento".

Indubitavelmente, se não houver igualdade entre os licitantes, não estará sendo mantido o caráter competitivo do certame, acabando por transformar o procedimento em instrumento de privilégio, ferindo, assim, o princípio da impessoalidade.

O respeito ao edital é princípio básico de toda licitação, devendo todos os participantes, inclusive a Administração Pública, seguir seus ditames, configurando-se ilegal exigência que se mostre contra os padrões de razoabilidade e irrelevantes para a eficácia administrativa.

Nesse sentido é o ensinamento de Marçal Justen Filho:

"A imposição de exigências e a definição das condições do direito de licitar nunca poderão ultrapassar o limite da necessidade. Qualquer exigência desproporcional ao conteúdo da contratação caracterizará meio indireto de restrição à participação - vale dizer, indevida restrição ao direito de licitar." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2000. 4 ed., p. 181).

No mesmo sentido, já consignou o Superior Tribunal de Justiça:

"É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações." (REsp. n.º 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, j. em 8/4/03).

Como se denota ao inabilitar a recorrente poderá a Administração Municipal adjudicar proposta com valor maior ao valor oferecido pela recorrente, dessa forma estará a Administração Pública contrariando princípio constitucional, o qual impõem que devam ser adjudicadas propostas com valores mais vantajosos a Administração, ferindo o princípio da impessoalidade segundo o qual a Administração só pode praticar atos impessoais devendo tais atos propiciarem o bem comum, a coletividade.

E ainda como ensina a notável jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"... a exigência de impessoalidade vale tanto em relação aos Administradores como à própria Administração:

1- a administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas específicas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear seu comportamento..."

Portanto a Comissão de Licitações não poderia inabilitar a recorrente pelos fundamentos que apresentou uma vez que as exigências do edital de Concorrência 0001/2011 foram atendidas além de preencher todas as exigências previstas na Lei 8.666/93 que regem as licitações, portanto deve a licitante ser considerada habilitada por estar apta para a segunda fase do certame.

Destarte, o excesso de formalismo empregado pela Comissão de Licitações, não pode simplesmente considerar inabilitada empresa que preenche as exigências editalícias e as disposições legais pertinentes à matéria. De mais a mais, a documentação apresentada pela recorrente supre a exigência do edital e não prejudica a qualidade e a capacidade

técnica e financeira para a execução dos serviços além do que não prejudica direito algum das demais licitantes.

Este é o entendimento esposado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

"MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - INABILITAÇÃO DE CONCORRENTE - SEGURANÇA CONCEDIDA - SENTENÇA CONFIRMADA

No processo licitatório (Lei n. 8.666/93), o princípio do procedimento formal '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)". (Ap. Cív. em MS n.º 2002.026354-6, de São José, Rel. Des. Newton Trisotto, j. em 29/9/03)."

E mais:

"LICITAÇÃO - FALHA FORMAL SUPERADA POR OUTROS ELEMENTOS CONSTANTES NO CERTAME LICITATÓRIO.

Preenchidos todos os requisitos necessários para apurar a idoneidade e a capacitação fiscal de um concorrente, não há que se considerar inabilitado aquele que não cumprir determinação de ordem meramente formal e que não acarreta qualquer prejuízo à lei, à Administração e aos demais licitantes." (Ap. Cív. em MS n.º 02.004508-0, de São Francisco do Sul, Rel. Des. Volnei Carlin, j. em 29/8/02).

E ainda:

"Na fase de habilitação a promotora do certame deve abster-se de exigências ou rigorismo inúteis (...). Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase de habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 544)".

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça apontam nesse sentido:

“DIREITO PUBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATORIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLAUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATORIO PELO JUDICIARIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGENCIAS DESNECESSARIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PUBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO.” (STJ, MS nº 5.418/DF, 1º S. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998).

Portanto o que se verifica é que a licitante não poderia ter sido inabilitada pelos fundamentos apresentados pela Comissão de Licitação, uma vez que atendeu ao disposto no edital, além de que a lei de licitações no seu art. 30 é taxativa na exigência de documentação para a habilitação, e a recorrente atendeu o dispositivo legal.

Tendo em vista todo o mencionado e verificada as ilegalidades apontadas, é que a empresa insatisfeita com o julgamento da concorrência 0001/2011, norteando direito que lhe é assegurado, vem por meio desta, oferecer respectivo recurso, esperando que a legalidade e o bom senso sejam aplicados.

II- PEDIDO

Diante do Exposto Requer:

- A) O recebimento e o provimento do presente recurso, e pelos fundamentos apresentados seja julgada apta a licitante/recorrente para participar da segunda fase do certame licitatório;

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Videira, 26 de julho de 2011.

Geison Bruschi (sócio gerente)