

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**RECURSO :**

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA COMPANHIA DE ENTREPOSTOS E ARMAZÉNS GERAIS DE SÃO PAULO

Pregão eletrônico nº 40/2019
Processo nº 074/2019

LIMPEBRAS ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado já qualificada nos autos, doravante denominada Recorrente, vem respeitosamente, por seu representante legal, à presença de Vossa Senhoria, com fundamento nas prescrições normativas dos arts. 5º e 37, da Constituição da República Federativa do Brasil; art. 44, § 1º, do Decreto nº 10.024/2019, art. 109, § 2º, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei 8666/93, aplicável supletivamente, art. 20/30 acrescentados pela Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), regulamentada pelo Decreto nº 9.830/19; Lei nº 13.869/19- Lei de Abuso de Autoridade, incisos VIII, do art. 10, da Lei nº 8429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, art.884, do Código Civil Brasileiro c/c item 7.10 do instrumento convocatório - Dos Recursos - em referência, apresentar

RAZÕES DE RECURSO

em face de decisão exarada por V.Sª, que: i) INABILITOU a Recorrente, por supostamente não entregar a documentação complementar prevista no item 11.2.3 letra "f" do edital; e ii) ANULOU o referido pregão, por alegada irregularidade no instrumento convocatório, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

Sumário

1. DA TEMPESTIVIDADE, DA ADMISSIBILIDADE E DO EFEITO SUSPENSIVO 2
2. DA SÍNTESE DOS FATOS 3
 - 2.1. Do Parecer DEJUR/SETRA nº 262/2020 de 07.08.2020 4
 - 2.2. Das razões recursais 6
3. DA PRELIMINAR 7
4. DO DIREITO 8
 - 4.1. Da natureza jurídica da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – órgão regulador, e não, órgão ambiental 8
 - 4.1.1. Do órgão ambiental competente para emitir licenças no Município de São Paulo 10
 - 4.3. Da obscuridade da Cláusula 11.2.3, letra "f", do Edital – não menciona a AMLURB 13
 - 4.4. Do saneamento da suposta violação à Cláusula 11.2.3, letra "f", do Edital – Recorrente em condições de executar o contrato 15
 - 4.5. Do potencial dano ao erário e eventual ato de improbidade administrativa – execução de contrato emergencial 15
 - 4.6. Da orientação do TCU para não anular o Pregão 040/2019 – prevalência do interesse público 16
 - 4.7. Da boa-fé da Recorrente – falta de pressupostos para aplicação de sanção 17
5. DOS PEDIDOS 18

1. DA TEMPESTIVIDADE, DA ADMISSIBILIDADE E DO EFEITO SUSPENSIVO

Nos termos do art. 44, § 1º do Decreto nº 5.10.024/2019 c/c item 7.10.3 do edital do pregão eletrônico nº 40/2019 - CEAGESP, o prazo para apresentação das razões do recurso é de três dias.

A intenção de recurso foi registrada e aceita em 21.08.2020. Conforme as normas acima colacionadas e a Ata de Realização do referido Pregão Eletrônico, disponível no portal de Compras Governamentais, a data limite para registro do recurso é 26.08.2020.

Tempestivo, portanto, o recurso.

O interesse e a legitimidade para apresentar razões de recurso originam-se do fato que a Recorrente é licitante no presente certame, assim como por ter assinado contrato com essa Administração, tendo, então direito subjetivo imediatamente atingido pela decisão ora recorrida, especialmente em relação aos efeitos financeiros, pois para a assinatura do instrumento contratual despendeu recursos para cumprir a garantia contratual e, após firmado o ajuste, realizou gastos com equipamentos, veículos, contratação de pessoal, e outros, no montante aproximado de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). Ou seja, DANO REVERSO.

Dito de outro modo, saindo da esfera da mera expectativa de direito, após a assinatura do ajuste administrativo, o Recorrente, em cumprimento ao quanto avençado, envidou esforços no sentido de executar fielmente o objeto licitado, assim que a ordem de serviço fosse emitida, razão pela qual urge seja admitido o presente recurso em seu efeito suspensivo, evitando assim, risco de lesão irreparável ou de difícil reparação tanto para o erário (manutenção de contrato emergencial mais oneroso), quanto para o Recorrente, pois já realizou gastos vultosos, conforme acima aduzido, não podendo o órgão licitante violar as prescrições do art. 37 da CRF c/c o art. 884, do CCB, locupletando-se ilicitamente da própria torpeza em face do terceiro de boa-fé.

2. DA SÍNTESE DOS FATOS

O COMPANHIA DE ENTREPOSTOS E ARMAZÉNS GERAIS DE SÃO PAULO, a seguir denominada simplesmente CEAGESP, publicou edital para realização de Pregão Eletrônico Nº 40/2019, visando à contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de coleta seletiva containerizada, transporte e destinação final dos resíduos provenientes das atividades de comercialização dentro do Entrepósito Terminal de São Paulo - ETSP, conforme quantidades e especificações constantes do Termo de Referência - ANEXO I.

Em 04.03.2020, se deu a abertura da sessão do certame, com a fase de lances, com a participação de sete empresas licitantes e com sequência considerável de lances, o que serve de suporte fático para a comprovação da competitividade, obtendo-se o seguinte resultado, com a Recorrente classificada em primeiro lugar, com a melhor proposta:

- 1º) LIMPEBRAS ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA. (00.609.820/0001-85) - Valor da Proposta: R\$ 15.300.000,00;
- 2º) CONSTRURBAN LOGISTICA AMBIENTAL LTDA (00.865.526/0001-34) - Valor da Proposta: R\$ 16.500.000,00. Em recuperação judicial TJSP Processo: 1096092-53.2019.8.26.0100;
- 3º) VALLE AMBIENTAL, ENGENHARIA E RESIDUOS LTDA. (15 .287.142/0001-59) - Valor da Proposta: R\$ 17.000.000,00;
- 4º) BETA AMBIENTAL LTDA (24.303.231/0001-32) - Valor da Proposta: 17.200.000,00;
- 5º) ITAPRESS LOGISTICA AMBIENTAL LTDA (26.114.449/0001-74) - Valor da Proposta: R\$ 20.500.000,00;
- 6º) MULTILIXO REMOÇÕES DE LIXO SOCIEDADE SIMPLES LTDA (01.382.443/0001-57) - Valor da Proposta: R\$ 20.657.000,00 - atual contratada pela GEAGESP, por dispensa de licitação, em caráter emergencial; e
- 7º) LITUCERA LIMPEZA E ENGENHARIA LTDA (62.011.788/0001-99) - Valor da Proposta: R\$ 22.193.843,01.

Após intensa troca de mensagens e documentos entre a Pregoeira e a Recorrente, no período de 04 a 12.03.2020, o pregão 40/2019 ficou suspenso por quase um mês, sem justificativas, retornando as atividades em a.

Cabe destacar ainda, que nesse período já com a ciência dos valores das propostas ofertados pelas licitantes, a CEAGESP celebrou em 03.04.2020, publicado em 30.04.2020, o contrato emergencial nº 2133190905030111 - Processo 059/2019, por dispensa de licitação, com a penúltima colocada no certame, a empresa MULTILIXO REMOÇÕES DE LIXO SOCIEDADE SIMPLES LTDA, com o valor mensal de R\$ 2.024.032,10. A Recorrente apresentou a proposta de R\$ 1.275.000,00, por mês.

Somente por esse motivo, já se pode instaurar procedimento apuratório para verificação de superfaturamento, que se comprovado, pode vir a responsabilizar gestores públicos e a empresa contratada, na esfera administrativa (restituição de valores pagos ao erário) e cível (improbidade administrativa), pois a Recorrente comprovou ao longo do certame, ser exequível a sua proposta, situação ratificada pela CEAGESP.

Reaberta a sessão em 09.04.2020, continuaram-se as trocas de mensagens e documentos, até que em 17.04.2020, a Recorrente teve sua proposta aceita e a documentação HABILITADA.

Após analisados os recursos e contrarrazões, em 06.05.2020, a autoridade competente adjudicou o item ao Recorrente e homologou os procedimentos do certame.

Em 07.05.2020, APÓS CONVOCAÇÃO DA CEAGESP, foi celebrado o contrato nº 074/19-2164-2005-05-030-11-1, entre o Órgão e a Recorrente. No dia 12.05.2020, foi realizada reunião para tratar da documentação complementar.

Simultaneamente aos atos praticados pela Administração da CEAGESP, no âmbito do presente processo administrativo, tramita no Tribunal de Contas da União, o processo nº 022.464/2019-0 - Representação, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira, que versa sobre a regularidade do Pregão 040/2019, ora em pauta e que já havia sido instaurado desde 2019, sem que nada acerca desse processo fosse noticiado aos licitantes, sequer consta essa informação dos autos do processo licitatório, o que corrobora a boa -fé objetiva e subjetiva do Recorrente. Sobre o referido processo, serão desenvolvidos os fatos e entendimentos daquele Tribunal, em tópico específico.

2.1. Do Parecer DEJUR/SETRA nº 262/2020 de 07.08.2020

Após TRÊS MESES da assinatura do contrato entre a CEAGESP e a Recorrente, foi emitido em 07.08.2020, o parecer DEJUR/SETRA nº 262/20, que em síntese tinha por objetivo se manifestar sobre:

- a. Os motivos de anulação do certame ao teor do acórdão 7057/2020 - TCU - 1ª Câmara;
- b. Ratificação do parecer 213/2020 quanto à anulação do certame e do contrato; e
- c. Recomendar a aplicação de sanção administrativa à empresa licitante.

No referido parecer, cita-se a decisão deliberada pela Diretoria Executiva, na Reunião nº 25, de 09.07.2020, pela aprovação da anulação do Pregão 040/2019 (fls. 1538/1544).

A Pregoeira, equivocadamente, fundamenta a decisão de inabilitação da Recorrente, sob o argumento de violação ao item 11.2.3 letra "f" do edital.

Vejamos o item do instrumento convocatório:

11.2. Da documentação Complementar para Assinatura do Contrato

(...)

11.2.3. A documentação complementar resume-se na entrega de cópia autenticada ou original dos itens abaixo relacionados:

(...)

f) Licença de operação expedida por órgão ambiental competente, que autorize a licitante a executar as atividades de coleta e transporte de resíduos sólidos urbanos no município de São Paulo;

Como fundamento para a inabilitação, a Parecerista insistentemente evoca o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, como se tal princípio fosse absoluto e não precisasse ser sopesado com outros inúmeros princípios que regem à Administração Pública, em especial, às contratações.

Alega ainda a parecerista, que a Recorrente descumpriu o compromisso de que apresentaria a documentação complementar, cinco dias úteis após a homologação, nos seguintes termos:

Fato é que esta declaração não foi cumprida pela referida empresa, conforme se constata do processo administrativo em dois pontos: o primeiro em relação "a observância do prazo para a apresentação da documentação" e o segundo em relação "a licença de operação expedida pelo órgão ambiental competente, que autorize a licitante a executar a atividades de coleta e transporte de resíduos sólidos urbanos no Município de São Paulo"

Ou seja, a Parecerista atribui a assinatura do contrato, sem a entrega da documentação complementar, em

07.05.2020, exclusivamente à Recorrente, olvidando que a Recorrente foi CONVOCADA PELA CEAGESP para o ato de assinatura do contrato e que o Diretor Presidente, Sr. Johnni Hunter Nogueira, e o Diretor Técnico Operacional, Sr. Carlos de Orleans Guimarães Sobrinho, atestaram como representantes legais da CEAGESP. Caso o Órgão identificasse qualquer irregularidade ou violação ao edital, os próprios gestores seriam os primeiros a não celebrarem o instrumento contratual.

Da mesma forma, o Parecer recomenda a anulação do certame, em razão dos termos estabelecidos pelos Acórdãos 432/2020- TCU 1ª Câmara e 7057/2020-TCU.

Por último, recomenda aos gestores da CEAGESP a instauração de procedimento, que oportunize o exercício da ampla defesa e do contraditório, sob pena de NULIDADE da anulação da licitação e sugere a possibilidade de aplicação de sanção à Recorrente.

2.2. Das razões recursais

Em suma, a Recorrente apresenta suas razões recursais fundamentadas:

a. Preliminarmente na rescisão unilateral do contrato, sem o devido processo legal, no qual se oportunize o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório à Recorrente;

b. Da cláusula 11.2.3 letra "f" do edital, que trata dos documentos complementares, não se tratar de cláusula habilitatória, e sim, cláusula de execução do contrato, não podendo servir como motivação ou fundamento normativo para inabilitação;

c. Da natureza jurídica da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana - AMLURB, que não é órgão ambiental competente do Município de São Paulo, nos termos do art. 6º da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente;

d. Da obscuridade da cláusula 11.2.3 letra "f" do edital, que não trata especificamente da AMLURB, pois caso mencionasse explicitamente a exigência de licenças por tal órgão, estaria violando gravemente o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93, por incluir cláusulas restritivas em razão de sede ou domicílio dos licitantes, pois somente que tem seu CNPJ com domicílio no Município de São Paulo pode ter a licença emitida pela AMLURB;

e. Do saneamento da suposta violação à cláusula 11.2.3 letra "f" do edital, quando da apresentação do documento fornecido pela AMLURB, em 09.06.20, necessário à prestação de serviços, e não, para habilitação ou assinatura do contrato, dois meses antes da decisão de rescisão do contrato;

f. Do potencial dano ao erário, e o respectivo dever de restituição, bem como a eventual prática de improbidade administrativa, pela Administração da CEAGESP, em decorrência da execução do contrato emergencial em vigor, com valores significativamente superiores aos adjudicados à Recorrente, fato já identificado pelo TCU nos autos do processo 022.464/2019-0;

g. Do entendimento superveniente do TCU, em considerar que a anulação do certame afronta o interesse público, em razão do potencial dano ao erário, por contratar emergencialmente com valores bem superiores ao adjudicado à Recorrente; e

h. Da impossibilidade de aplicação de sanção à Recorrente, por ter agido de boa-fé, ao longo de todo certame, conforme prescrições da Lei 13.655/18 c/c as normas enunciadas nos arts. 47 e 50, do Decreto nº 10.024/2019.

3. DA PRELIMINAR

É cediço que qualquer que seja o motivo que leve a Administração Pública a rescindir unilateralmente o contrato, o ato exige que seja observado o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que impõe que seja assegurado nos processos e atos administrativos, o contraditório e a ampla defesa, isto porque, por ser ato vinculado, essa rescisão é passível de ataque pelo interessado que não concorde com a decisão do agente público

Logo, preliminarmente, se aponta a eminente ilegalidade em razão da ausência de instauração do devido processo administrativo, ato imprescindível para a validade da rescisão unilateral, por violar o exercício da ampla defesa e do contraditório pela Recorrente, estabelecido no art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, conforme se segue:

Art 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

Parágrafo único: os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Ou seja, a rescisão do contrato celebrado entre a CEAGESP e a Recorrente é nula, em razão de violação clara ao dispositivo legal acima transcrito, e por consequência, os atos subsequentes de anulação do ato de homologação do certame e o retorno à fase de habilitação.

Assim sendo, todos os atos praticados pela Pregoeira se revestem de NULIDADE ABSOLUTA, incapazes de serem saneados.

Aliás, outra não é a inteligência das normas prescritas nos arts. 20/30 acrescentados pela Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), regulamentada pelo Decreto nº 9.830/19, senão vejamos.

Constituição Federal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

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

Decreto - Lei 4657/ 42 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro)

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (g.n.)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (g.n.)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (g.n.)

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (g.n.)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 25. (VETADO).

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (g.n.)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

[...]

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (g.n.)

Neste sentido, diante da necessidade de motivação consequential dos atos decisórios judiciais e administrativos, com a promoção jurídica já apresentada acima, reitera a necessidade de admissibilidade do presente recurso no seu efeito suspensivo, para conhecer das suas razões e, ao final, decidir pela sua integral procedência, anulando a decisão administrativa, teratológica e desprovida de juridicidade que declara a nulidade o contrato e do certame, sem sequer considerar os seus efeitos e, aparentemente, retroagindo para atingir atos já consumados, perfeitos e acabados, com presunção de legalidade/ legitimidade, porque oriundos da própria Administração da CEAGESP, sem observância das normas que regulamentam a matéria e a possibilidade de saneamento do feito, com convalidação dos atos, pela prática, repita-se, de ato, comportamento e decisão oriundo do Poder Público, induzindo em erro o Recorrente.

É fato que, os agentes públicos competentes para opinar e/ ou decidir no processo administrativo licitatório, agiram com falta de denodo, cirando ônus excessivo para este e para o erário, carecendo tal falta funcional, em total descuido com o interesse público mediato e imediato, da devida apuração, mediante regular processo administrativo, tanto pela CEAGESP, quanto pelos órgãos de controle externo (CGU e TCU), a quem de tudo deve ser dado conhecimento, na forma prescrita na Lei 9784/99, no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa c/c a Lei 13.655/19, com as normas que regulamentam o pregão e as enunciadas na Lei de Abuso de Autoridade - Lei 13.869/19.

Ademais, vale ressaltar a total falta de transparência, impessoalidade e acesso à informação dos atos administrativos praticados no feito em comento, pois depois da assinatura do contrato a CEAGESP não mais respondeu aos diversos expedientes encaminhados para que o Recorrente inteirar-se do que estava gerando o atraso na emissão da ordem de serviço, o que afronta as normas prescritas nos arts. 5º, da CRF e Lei 12.527/11.

Por fim, ratifique-se que, desde maio tem-se um contrato assinado, cuja demora na execução não pode ser unilateralmente imputada ao Recorrente, mantendo-se até então um contrato emergencial, extremamente oneroso, superfaturado e precário em desfavor do erário.

4. DO DIREITO

A seguir, mesmo sendo superada a preliminar de nulidade, a Recorrente demonstrará que não houve violação ao instrumento convocatório, conforme mencionado pela Parecerista e, posteriormente, pela Pregoeira. Portanto, é imperativa a necessidade de retorno à vigência do contrato, de modo a atender aos preceitos da legalidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório.

4.1. Da natureza jurídica da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – órgão regulador, e não, órgão ambiental. O item 11.2.3, letra “f” do Edital, já mencionado anteriormente, é transcrito abaixo por imperiosidade de entendimento:

11.2. Da documentação Complementar para Assinatura do Contrato

(...)

11.2.3. A documentação complementar resume-se na entrega de cópia autenticada ou original dos itens abaixo relacionados:

(...)

f) Licença de operação expedida por órgão ambiental competente, que autorize a licitante a executar as atividades de coleta e transporte de resíduos sólidos urbanos no município de São Paulo;

O parecer DEJUR/SETRA nº 262/2020, de 07.08.2020, INFERE EM DOIS EQUÍVOCOS FUNDAMENTAIS PARA O DESLINDE LEVADO À CABO PELA ADMINISTRAÇÃO DA CEAGESP e que serão demonstrados no presente tópico, ao afirmar que:

a) a AMLURB é órgão ambiental competente no âmbito do Município de São Paulo; e

b) a AMLURB emite licença de operação.

Ou seja, inexistente violação ao instrumento convocatório, tão exaustivamente mencionado no referido Parecer, simplesmente porque se está exigindo uma “licença de operação” INEXISTENTE, emitida por um órgão incompetente para tal.

Conforme consta no website da AMLURB e conforme a Lei nº 13.478, o órgão é responsável pela GESTÃO dos resíduos sólidos e limpeza urbana da cidade de São Paulo, responsável pela execução dos serviços de coleta e varrição do município:

A Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (AMLURB) é responsável pela gestão dos resíduos e limpeza urbana da cidade de São Paulo. A autarquia é vinculada à Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais - da Prefeitura de São Paulo, e presta serviços com o intuito de proporcionar melhor qualidade de vida aos munícipes. Atualmente, a AMLURB trabalha com dois tipos de contratos: coleta e varrição.

Ainda conforme a Lei Municipal nº 13.478, a AMLURB é um órgão REGULAMENTADOR ENCARREGADO PELA GESTÃO DOS RESÍDUOS E LIMPEZA URBANA DA CIDADE DE SÃO PAULO, não sendo classificado como ÓRGÃO AMBIENTAL, de acordo com a Lei Federal nº 6.938/81.

Em relação à emissão de “licença de operação”, afirma-se que, na verdade, a AMLURB é responsável por meramente CADASTRAR, NO CADASTRO ELETRÔNICO DE TRANSPORTADORAS DE RESÍDUOS DE GRANDE GERADORES (CTR-RGG), que é um sistema eletrônico autodeclaratório, todas as empresas situadas no município de São Paulo, bem como as empresas com sede fora da capital, consoante ao Decreto 58.701/2019 Capítulo II Art. 6º parágrafo 1º, que prestam serviços nos processos de transporte, manuseio, reciclagem ou destino final de resíduos sólidos gerados na cidade.

Em outras palavras, a AMLURB NÃO É ÓRGÃO AMBIENTAL, E POR ISSO, NÃO EMITE LICENÇA DE OPERAÇÃO.

Em outro giro, no website da AMLURB (<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/amlurb/formularios/index.php?=4631>), menciona que as empresas transportadoras devem se cadastrar no período de 10 de abril até 31 de outubro. Logo, NÃO ERA EXIGÍVEL A APRESENTAÇÃO DO CADASTRO, NA DATA DE ASSINATURA DO CONTRATO, nem tampouco no presente momento.

4.1.1. Do órgão ambiental competente para emitir licenças no Município de São Paulo

No Brasil, os órgãos ambientais são estabelecidos pela Lei Federal nº 6.938, de 31.08.1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Esta lei estabelece no art. 6º que:

Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

I - órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

III - órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

IV - órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências;

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições;

(...)

§ 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

(...)

Em relação ao Estado de São Paulo, o órgão ambiental de emissão de licenças operacionais é a CETESB. Criado

pela Lei nº 118, de 29.06.1973, que autorizou a constituição de uma sociedade por ações, sob a denominação de CETESB - Companhia de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle da Poluição das Águas, e dá providências correlatas.

A CETESB estabeleceu o CADRI - CERTIFICADO DE MOVIMENTAÇÃO DE RESÍDUOS DE INTERESSE AMBIENTAL como instrumento que aprova o encaminhamento de resíduos de interesse a locais de reprocessamento, armazenamento, tratamento ou disposição final, licenciados ou autorizados pela CETESB.

Diferentemente do que afirma o Departamento Jurídico da CEAGESP, em relação ao Município de São Paulo, o órgão ambiental de emissão de licenças operacionais é a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente.

A Secretaria do Verde e do Meio Ambiente (SVMA) foi criada em 1993, pela Lei Municipal nº 11.426/93. Foram feitos alguns ajustes e reorganizações para contemplar questões ambientais da cidade, como a que ocorreu em 2009, pela Lei n. 14887/09. No dia 08.02.2019, a mais recente alteração organizacional foi realizada pelo Decreto nº 58.625.

A SVMA tem por atribuição:

- a. Planejar, ordenar e coordenar as atividades de defesa do meio ambiente no Município de São Paulo, definindo critérios para conter a degradação e a poluição ambiental;
- b. Manter relações e contatos visando à cooperação técnico-científica com órgãos e entidades ligadas ao meio ambiente, do Governo Federal, dos Estados e dos Municípios brasileiros, bem como com órgãos e entidades internacionais;
- c. Estabelecer, com os órgãos federal e estadual do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), critérios visando à otimização da ação de defesa do meio ambiente no Município de São Paulo.
- d. Desempenhar as competências enquanto órgão local do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), de forma abrangente e descentralizada, no território do Município de São Paulo;
- e. Exercer outras atribuições correlatas e complementares na sua área de atuação.

A Secretaria do Verde e do Meio Ambiente é formada por:

I - Gabinete do Secretário;

II - Coordenação de Licenciamento Ambiental - CLA;

III - Coordenação de Educação Ambiental e Cultura de Paz - Universidade Aberta do Meio Ambiente e Cultura de Paz - UMAPAZ;

IV - Coordenação de Gestão de Parques e Biodiversidade Municipal - CGPABI;

V - Coordenação de Planejamento Ambiental - CPA;

VI - Coordenação de Fiscalização Ambiental - CFA;

VII - Coordenação de Administração e Finanças - CAF;

VIII - Coordenação de Gestão dos Colegiados - CGC.

Desta forma, a AMLURB apenas FISCALIZA e GERENCIA atividades de coleta e transporte de resíduos sólidos urbanos. Ou seja, na condição jurídica de Autarquia municipal, tem competência para os serviços de GERENCIAMENTO de resíduos urbanos, não lhe sendo atribuição LICENCIAR, AUTORIZAR ou EMITIR qualquer documento de natureza ambiental e sim, fiscalizar e regular a execução dos referidos serviços, a exemplo da realização de credenciamento específico para veículos, o que nem de longe tangencia ato de poder de polícia ambiental.

Eis aí mais uma proposição confusa advinda da decisão recorrida, amparada em teratológico parecer que deve ser igualmente submetido à cura dos órgãos de controle, para apurar possível responsabilidade solidária, eis que já é sedimentada na jurisprudência pátria que, a peça jurídica nos processos licitatórios, não é meramente opinativa, na forma do art. 38, da Lei 8666/93, que denota no termo "decisão", exatamente a vinculação do quanto exposto no opinativo, especialmente em caso de erro grosseiro, devidamente conceituado na Lei 13.655/19.

Urge questionar, o aludido item do edital é um silêncio eloquente?

Ao que parece a obscuridade foi proposital para impedir a impugnação do item editalício, pois licitante algum imaginaria que "órgão ambiental" seria a AMLURB. Por outro lado, se o cadastramento de competência da AMLURB fosse exigido expressamente como condição para assinar o contrato, apenas empresas situadas em SP/capital, poderiam participar do certame, na forma do Decreto municipal 58.701/2019. Eis uma condição restritiva, que demanda outro questionamento: quem está de má-fé?

Querer agora arguir esse motivo como fato para anular o certame quando existe um contrato emergencial mais oneroso para o erário, distorcendo a denotação do edital é, no mínimo, indícios de fraude ao certame e deslealdade processual, além de eventual prática de improbidade administrativa, violando princípios básico que conformam a juridicidade de qualquer certame, como abaixo será explicitado.

4.2. Da natureza da cláusula 11.2.3 - Documentos complementares

A cláusula 11.2.3, letra "f" do edital foi utilizada pela Pregoeira, como fundamento para a INABILITAÇÃO.

Todavia, o fundamento editalício evocado é inservível à inabilitação de qualquer licitante, pois os documentos de habilitação exigíveis estão elencados taxativamente na cláusula 5.2 do Edital, conforme se segue:

5.2. A licitante deverá apresentar para habilitação, toda documentação relacionada nos itens 5.2.1, 5.2.3 e 5.2.4 deste Edital, considerando a instrução do item 5.1.7 acima referido

Da mesma forma, a Pregoeira viola o art. 30 da Lei nº 8.666/93, pois no rol de documentos exigíveis para a habilitação, não consta o documento elencado na cláusula 11.2.3, letra "f" do edital.

4.3. Da obscuridade da Cláusula 11.2.3, letra "f", do Edital - não menciona a AMLURB

Como já exposto em tópico anterior, a AMLURB não é competente para emissão de licença, nem tampouco de licença com natureza ambiental, em razão de que a AMLURB é um órgão da administração pública municipal e, portanto, um órgão EXECUTIVO.

Note-se que em momento algum, o ato convocatório exigia das empresas licitantes, o referido certificado no sistema CTR-RGG (Controle de Resíduos de Grandes Geradores), de responsabilidade da AMLURB, para habilitação ou para assinatura do contrato.

Se o documento era necessário para assinatura do contrato, que a CEAGESP exigisse expressamente. Se o cadastro fosse exigível, não se poderia mencionar a apresentação de "licença de operação, expedida por órgão ambiental", pois como repetidamente exposto, a AMLURB não é órgão ambiental, nem mesmo emite licenças, sendo órgão executivo e regulador.

É certo, de que o referido Certificado é exigível para operação e deveria ser apresentado quando da emissão da

Ordem de Serviço, assim como outros documentos são, mas que não foram exigidos pelo órgão licitante. Como exemplo de documentos necessários não exigidos para a operação, podemos citar o INMETRO do Tacógrafo, o Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo (CRLV), o comprovante de pagamento do IPVA, entre outros. Importante frisar que estes documentos devem ser apresentados após a emissão da "Ordem de Serviço", e quando solicitado por órgãos de fiscalização, no exercício do poder de polícia.

Da mesma forma, o Cadastro não poderia ser exigido na fase de habilitação, e por conseguinte, não pode ser evocado para a INABILITAÇÃO DA RECORRENTE, pois se configuraria em restrição à competitividade e violação ao art. 3º, § 1º, inc. I, da lei nº 8.666/93, em virtude de que somente empresas com sede ou filial na cidade de São Paulo podem se cadastrar, consoante ao Decreto 58.701/2019 Capítulo II Art. 6º parágrafo 1º:

Capítulo II DOS AUTORIZATÁRIOS

Art. 6º Para a obtenção de autorização para a prestação dos serviços de limpeza urbana no regime privado referente à coleta e transporte dos resíduos sólidos caracterizados como resíduos da Classe 2 pela NBR 10.004, da ABNT, com volume superior a 200 (duzentos) litros diários, a empresa deverá requerer o seu cadastramento à AMLURB,

conforme modelo de requerimento constante do Anexo III deste decreto, acompanhado dos documentos relativos à:

.....§ 1º. Somente serão cadastradas as empresas que possuam sede ou filial no Município de São Paulo.

Dito de outra forma, se tal exigência constasse do edital, como requisito de habilitação, somente as empresas sediadas no Município de São Paulo poderiam participar da licitação, o que constitui flagrante afronta ao art. 3º, § 1º, inc. I, da lei 8.666/93.

4.4. Do saneamento da suposta violação à Cláusula 11.2.3, letra "f", do Edital – Recorrente em condições de executar o contrato

Como demonstrado, a exigência da cláusula 11.2.3, letra "f", se constituía requisito para a operação, e não, para habilitação ou assinatura do contrato.

A manifestação da área gestora foi incisiva em afirmar que a Recorrente já estava cadastrada junto à AMLURB, em 09.06.2020, data bem anterior ao prazo estabelecido pela Autoridade municipal, bem como anterior à emissão da ordem de serviço.

Assim sendo, não houve infração qualquer infração por parte da Recorrente à cláusula do edital, assim como a empresa está em condições de executar o contrato, desde a assinatura do contrato em 07.05.2020. Mesmo na hipótese de qualquer infração, somente em respeito ao debate, a eventual irregularidade já estaria saneada desde 09.06.2020, mesmo antes da Ordem de Serviço.

4.5. Do potencial dano ao erário e eventual ato de improbidade administrativa – execução de contrato emergencial

Importante situação fática e jurídica capaz de embasar os atos dos gestores da CEAGESP é a vigência do contrato emergencial nº 2133190905030111, de 03.04.2020, publicado em 30.04.2020, com a empresa MULTILIXO REMOÇÕES DE LIXO SS LTDA, com valor mensal de R\$ 2.024.032,10 (dois milhões vinte e quatro mil e trinta e dois centavos) (peça 71, p. 18-39), enquanto o valor contratado junto à Requerente é de R\$ 1.275.000,00 (um milhão duzentos e setenta e cinco mil reais).

É IMPORTANTE DESTACAR QUE O CONTRATO CELEBRADO FOI CELEBRADO EM DATA POSTERIOR À FASE DE LANCES DO PREGÃO 40/2019, momento que já se tinha ciência dos valores das propostas e das empresas licitantes.

Ou seja, os gestores da CEAGESP vêm desembolsando o valor mensal de aproximadamente R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais) a mais, com o contrato emergencial, se considerado o valor contratado com a Requerente, no período de maio a agosto de 2020, contabilizando o valor aproximado de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), como eventual débito a ser imputado aos gestores que deram causa ao potencial dano ao erário, bem como à empresa contratada.

Na esfera cível, caso seja comprovado o dano, do mesmo fato pode ser ajuizada uma ação de improbidade administrativa, o que requer o máximo de diligência por parte dos gestores da CEAGESP, no presente momento, já que é possível a reversão da situação danosa, ora existente.

Adicionado a esse valor, calcula-se igual monta, caso seja anulado o Pregão nº 40/2019, pois o referido contrato emergencial perduraria, pelo menos, por mais 120 dias, tempo necessário para o deslinde do presente pregão e reabertura de um novo procedimento licitatório.

Da mesma forma, indubitavelmente pode se afirmar que o requerente agiu de boa-fé, ao longo de todo processo de contratação, bem como não deu azo à rescisão, o que lhe confere o direito à indenização, com base no § 2º, art. 78, da Lei nº 8.666/93.

Tal indenização consiste no pagamento do valor correspondente aos custos de mobilização e desmobilização dos meios para a execução do contrato, danos emergentes e lucros cessantes, da garantia ofertada para sua contratação, danos morais, entre outros. Estima-se os custos até o presente momento, na ordem de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), que podem ser comprovados pela apresentação de robusto corpo probatório.

Somadas as parcelas apresentadas, estima-se um potencial dano ao erário de, no mínimo, R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), caso seja mantida a decisão de rescindir o contrato celebrado com a Recorrente e a anulação do presente certame.

Como dito, a situação danosa pode ser revertida de imediato, com a emissão da ordem de serviço e início da execução contratual pela Recorrente.

4.6. Da orientação do TCU para não anular o Pregão 040/2019 – prevalência do interesse público

A rescisão do contrato, a inabilitação da Recorrente e a decisão de anulação comunicada pela Pregoeira foram realizadas mesmo após a ciência da instrução da Unidade Técnica dessa Corte de Contas (peça 76), de 17.08.2020, que havia alertado de forma explícita, sobre A VIOLAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO, caso o pregão eletrônico viesse a ser anulado, por ocasionar ônus maiores à CEAGESP, em razão do contrato emergencial que vem sendo executado, conforme se segue:

28. Além disso, não se pode olvidar a existência do contrato emergencial, firmado com a empresa Multilixo Remoções de Lixo Ltda., que vigia à época do encerramento do trâmite do processo licitatório, no valor de R\$ 2.024.032,10 ao mês (peça 71, p. 18-39), e que seria mais oneroso que o decorrente do PE 40/2019, celebrado

com a empresa Limpebras Engenharia Ambiental Ltda., no valor de R\$ 1.275.000,00 ao mês.

29. Não existe fundamento, portanto, com fulcro apenas na deliberação do Acórdão 7.057/2020-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, para a anulação do PE 40/2019, tendo em vista que iria de encontro ao interesse público, pois, a retificação do edital, de forma extemporânea, visando a atender, neste momento, a decisão do TCU — item 1.8.1.3 do Acórdão 432/2020-TCU-1ª Câmara, da relatoria Ministro-Substituto Weder de Oliveira —, poderá acarretar à Ceagesp ônus maiores que os benefícios acaso esperados pela ampliação potencial da competitividade do certame.

A Unidade Técnica do TCU é clara ao dizer que “não existe fundamento” para a anulação do Pregão 40/2019-CEAGESP.

Dessa forma, a anulação da referida homologação agravará ainda mais a situação exposta de onerosidade ao erário, que vem dispendendo R\$ 750.000,00 a mais, por mês, com o contrato emergencial, pois ensejará na abertura de um novo processo licitatório, que no mínimo, necessitará por volta de 120 (cento e vinte) dias, isso sem contar a mobilização pré-contratual pela empresa vencedora.

A Corte de Contas entendeu que, sopesados os princípios da competitividade e da economicidade, o segundo deveria prevalecer, até mesmo porque carrearam ao certame sete licitantes, que ofereceram sucessivos lances e que reduziram consideravelmente suas propostas, se considerado o valor estimado da contratação e o contrato emergencial vigente.

Ademais, mesmo tendo sido cumpridas todas as formalidades pela Recorrente, deve se ter observância ao princípio do formalismo moderado, consagrado em farta e pacífica jurisprudência do TCU, em consonância ao princípio da economicidade, pois não é permitido ao Poder Público se prender a exigências obscuras ou a formalismos exacerbados, em detrimento à flagrante violação ao erário, com contratos mais onerosos.

4.7. Da boa-fé da Recorrente – falta de pressupostos para aplicação de sanção

O Parecer DEJUR/SETRA nº 262/2020 de 07.08.2020 aventa a possibilidade de aplicação de sanção à Recorrente, o que pelo todo exposto, nas presentes razões de recurso, não encontra suporte fático ou jurídico para tal.

A Recorrente agiu de boa-fé, atendendo a todas cláusulas do edital, não podendo ser sancionada pela Administração Pública, que deu causa ao redigir cláusula editalícia inteligível e obscura, exigindo o cumprimento de requisito que não encontra guarida na legislação, pois a AMLURB não se enquadra na natureza jurídica de órgão ambiental e não emite licenças de operação.

NULIDADE, não é ato discricionário, especialmente sob o regime jurídico constitucional brasileiro, em especial, as normas que regulamentam o pregão, a LINDB e a Lei de Abuso de Autoridade, todas com fundamento de validade nas normas constitucionais.

A regra é convalidar e a exceção a nulidade, especialmente ante o terceiro de boa-fé, quando, se for o caso a decisão nunca pode imputar sanção e/ ou retroagir, devendo-se buscar os efeitos modulatórios. Ultrapassar esses limites de juridicidade, é arbítrio, ilegalidade em grau máximo e improbidade administrativa.

5. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se:

a) que o recurso seja conhecido e provido para fins de:

a.1) manutenção do Pregão 40/2019 - CEAGESP;

a.2) anulação da rescisão/nulidade unilateral do contrato;

a.3) emissão da ordem de serviços, para que seja iniciada de imediato a execução do contrato; e

a.4) alternativamente, seja a Recorrente instada a se manifestar no processo administrativo, que lastreou a rescisão/ nulidade unilateral; e

b) em caso de não retratação da decisão pelo Pregoeiro, que seja remetido o recurso à autoridade competente para que decida, conforme estabelece o art. 13, inc. IV, do decreto nº 10.024/2019.

Termos em que pede deferimento.

Brasília, 26 de agosto de 2020 .

LIMPEBRAS ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA

CNPJ sob o Nº 00.069.820/0001-85

CARLOS EDUARDO CARDOSO CARNEIRO

Representante legal

André Jansen do Nascimento

OAB nº 51.119/DF

Voltar