

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO DEPARTAMENTO DE ENTREPOSTO DA CAPITAL DA COMPANHIA DE ENTREPOSTOS E ARMAZÉNS GERAIS DE SÃO PAULO – CEAGESP | LAUDO NATEL IASULAITIS

Ref.: Pregão Eletrônico nº 21/2021
Processo nº 021/2021

SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob n.º 09.445.502/0001-09, com sede na rua Ivaí n.º 202, Tatuapé, São Paulo/SP, vem mui respeitosamente à presença de V. Sas., por seu procurador ao final indicado, com fundamento no artigo 4º, inciso XVIII, da Lei n.º 10.520/2002, apresentar, tempestivamente suas

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da r. decisão que classificou e que habilitou a empresa ALICERCE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., sendo conseqüentemente declarada vencedora do certame citado em epígrafe, fazendo-o nos termos das razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE

O presente recurso encontra-se embasado no inciso XVIII, do art. 4º da Lei Federal 10.520/02:

Art. 4º [...]
[...]

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Visando igualmente atender aos requisitos do instrumento convocatório, que estabelece, em seu item 8.6.3., que deverá ser registrada em 03 (três) dias as razões de Recurso, sendo que a abertura da gestão de prazo inclusive consta de forma expressa na Ata da Sessão Pública, assim, resta hialina a tempestividade da presente, motivo pelo qual deve ser RECEBIDA e devidamente PROCESSADA, e como se verá a seguir, INTEGRALMENTE PROVIDA.

2. SÍNTESE FÁTICA

Essa empresa pública federal deflagrou procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico, do tipo menor preço por lote, tendo como objeto a "contratação de serviços – varrição, apoio operacional e correlatos para o ETSP – Entrepasto Terminal de São Paulo, conforme especificações constantes do ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA".

Interessada em participar e quiçá sagrar-se vencedora, esta empresa, doravante denominada simplesmente como Recorrente, separou toda a documentação habilitatória exigida e precificou a prestação de serviço, elaborando sua proposta comercial.

A sessão pública foi realizada no dia e hora convencionados no instrumento convocatório, onde após a etapa de lances, restou verificada que empresa ALICERCE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., doravante denominada simplesmente como Recorrida, apresentou a proposta tida como vencedora, apesar de ter apresentado proposta completamente equivocada e flagrantemente inexecuível, sendo ofertada chances para sua readequação em face da realidade de como os serviços deverão ser realizados, sendo realizado um verdadeiro "jogo de planilhas" como a seguir será demonstrado, algo que não pode ser tolerado pelos agentes públicos julgadores, e mesmo assim tal proposta foi considerada "classificada" passando então para a fase habilitatória, onde a Recorrida flagrantemente não adimpliu a integralidade das exigências e mesmo assim foi decretada "habilitada".

Ademais, como se não fosse suficiente tamanhas ilegalidades, é fato notório que a empresa Recorrida, ENCONTRA-SE PUNIDA E, PORTANTO, IMPEDIDA DE LICITAR E CONTRATAR COM TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, como será melhor aduzido adiante.

Também não se pode olvidar, que a presente licitação, de forma subsidiária, é regida pela Lei Federal nº 13.303/06, sendo hialino que sua finalidade é a "seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo" nos termos de seu art. 31.

Destaca-se ainda, dois princípios primordiais ao processo licitatório, quais sejam, o da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, princípios estes inobservados caso mantido o resultado divulgado de classificação e habilitação da empresa Recorrida, que ao apresentar sua proposta "ajustada" e, posteriormente, seus documentos para habilitação, deixou de cumprir com exigências vitais impostas pelo instrumento convocatório.

Estes são os fatos que permeiam o referido certame, sendo IMPERIOSA A NECESSIDADE DE REFORMA DE TAL DECISÃO QUE DECRETOU A CLASSIFICAÇÃO E A HABILITAÇÃO DA RECORRIDA, CONSEQUENTEMENTE DECLARADA SENDO VENCEDORA DA DISPUTA, COMO SE DEMONSTRARÁ A SEGUIR.

3. DO MÉRITO

Da análise da decisão que decretou vencedora a empresa ora Recorrida, constatam-se gravíssimos erros de impossível saneamento que deveriam ter gerado tanto a desclassificação da proposta ofertada por esta quanto à declaração de inabilitação da Recorrida. Vejamos.

3.1. DA NECESSIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA RECORRIDA PELA APRESENTAÇÃO DE PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE PREÇOS SEM TER PROVISIONADO TODOS OS CUSTOS NECESSÁRIOS PARA A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

Analisando a Ata da Sessão Pública denota-se o tamanho amadorismo da Recorrente e a ansiedade de desejar ser declarada vitoriosa do certame a qualquer custo, pouco importando se sua proposta é exequível ou não, já que havia GRAVÍSSIMAS FALHAS NA PRECIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS E DE IMPOSSÍVEL SANEAMENTO, mas que foram oportunizadas chances dela "tentar" adequá-las, o que transformou a proposta numa grande armadilha para essa Administração. Vejamos.

Ao analisar a planilha de composição/formação de custos que deu azo à dita "proposta comercial" da Recorrida os agentes julgadores assim se pronunciaram:

Pregoeiro 30/06/2021 16:04:10

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Senhor licitante, foi realizada a análise de suas planilhas de custo pela SEANC e constou com o seguinte resultado:

Pregoeiro 30/06/2021 16:05:38

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - "Em atendimento a solicitação dessa SELIC, procedeu-se a ANÁLISE das planilhas de custos e formação de preços apresentadas pela licitante ALICERCE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, relativas ao Pregão Eletrônico nº 21/2021 - Processo nº 021/2021 - Contratação de Serviços - Varrição, Lavagem, Apoio Operacional e correlatos para o ETSP, tendo a informar:

Pregoeiro 30/06/2021 16:06:04

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - 1. PLANILHAS DE CUSTO E FORMAÇÃO DE PREÇOS 1 - Utilizar as planilhas de custos e formação de preços conforme modelo do Anexo II do edital, considerando a padronização na gestão contratual, adaptando-se as particularidades gerais da licitante, apresentando memória de cálculo e devidas justificativas, seguindo as orientações e limites estabelecidos pela

Pregoeiro 30/06/2021 16:06:54

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - pela Instrução Normativa nº 05/2017 e seus anexos, a qual baseiam-se as contratações das empresas públicas da esfera federal.

Pregoeiro 30/06/2021 16:07:40

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - - Solicita-se usar sistemática de arredondamento nas fórmulas, tanto para valores quanto para percentuais, utilizando sempre duas casas decimais. 3 - Os valores de remuneração e dos benefícios devem seguir as respectivas convenções coletivas de trabalho, bem como a legislação trabalhista vigente.

Pregoeiro 30/06/2021 16:08:03

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - 1.1 MÓDULOS DA PLANILHA (divergências constatadas) Módulo 1 - Composição da Remuneração A composição da remuneração deverá espelhar salários de acordo com a Convenção/ Acordo ou Dissídio Coletivo da Categoria, bem como itens obrigatórios da legislação trabalhista, observando a jornada de execução dos serviços pré estabelecidas (carga horária diária/ Pregoeiro 30/06/2021 16:08:43

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - semanal e mensal), prevendo periculosidade, insalubridade, adicional noturno, entre outros, se aplicáveis.

Pregoeiro 30/06/2021 16:09:00

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - 1) Ausência de DSR sobre o Adicional Noturno - O artigo 7º da Lei nº 605 e o artigo 10 do Decreto nº 27.048/49 preceituam que a remuneração do descanso semanal corresponde a um dia normal de trabalho, em consequência, trabalhando o empregado em horário noturno, o adicional correspondente faz parte da sua jornada normal, sendo devido o respectivo no DSR.

Pregoeiro 30/06/2021 16:09:25

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Submódulo 2.2 - GPS, FGTS e Outras Contribuições 1 - Até o

momento a licitante não apresentou comprovação do percentual do FAP (Fator Acidentário de Prevenção) através de competente documento, que pode ser obtido em <http://www.previdencia.gov.br/saude-e-seguranca-do-trabalhador/politicas-deprevencao/fator-acidentario-de-prevencao-fap/>.

Pregoeiro 30/06/2021 16:09:52

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Submódulo 2.3 - Benefícios Mensais e Diários 1 - As planilhas apresentam itens e em desacordo, à saber:

Pregoeiro 30/06/2021 16:10:21

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Vale transporte - Não contempla a cota de passagens calculadas com base em escala de trabalho 6x1, além de erro na base de cálculo da alíquota de 6%, considerando o artigo 9º, I, do decreto 95.247/87, que, de forma expressa, dispõe que: "O Vale-Transporte será custeado pelo beneficiário, na parcela equivalente a 6% (seis por cento) de seu salário básico ou Pregoeiro 30/06/2021 16:10:52

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - vencimento, excluídos quaisquer adicionais ou vantagens".
•Vale alimentação - Calculado com base na parcela mínima constante na CCT, sem considerar a escala de trabalho 6x1: "A partir da competência setembro de 2020, o valor do vale alimentação será reajustado em 3% (três por cento), sendo que o novo valor total mensal do vale alimentação, para 25 vales

Pregoeiro 30/06/2021 16:11:38

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - será de R\$ 295,74 (Duzentos e noventa e cinco reais e setenta e quatro centavos)", desta forma o valor deverá ser dividido por 25 e multiplicado pelo quantitativo de dias uteis previsto para a escala (26).

Pregoeiro 30/06/2021 16:12:22

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Taxa Assistencial SIEMACO/ SELUR - Conforme previsto na CCT o recolhimento será calculado com a aplicação das alíquotas sobre o total bruto de salários pagos aos empregados (o salário bruto, ou salário base, é o salário pago aos funcionários, antes dos adicionais e descontos)

Pregoeiro 30/06/2021

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Dia do Trabalhador da Limpeza Urbana - 16:13:29 Conforme previsto na CCT "Fica preservada a data de 16 de maio como sendo o "DIA DO TRABALHADOR DA LIMPEZA URBANA". 1 - Os empregados lotados na mão-de-obra direta, conforme funções definidas na cláusula SALÁRIOS FUNCIONAIS, receberão as horas laboradas nesse dia como extraordinárias, com 50% (cinquenta por cento)

Pregoeiro 30/06/2021 16:14:13

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - de acréscimo sobre a hora normal, desde que em dia útil." Observando os cálculo, conclui-se que foi calculado somente 50% sobre o salário sem crescer o valor da hora, bem como, sendo um valor anual deveria ser rateado proporcionalmente ao período de 12 meses.

Pregoeiro 30/06/2021 16:14:33

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Módulo 3 - Provisão para Rescisão 1 - As planilhas apresentam erro de base de cálculo dos itens "D - Aviso Prévio Trabalhado e E - Incidência de GPS, FGTS e outras contribuições sobre Aviso Prévio Trabalhado "

Pregoeiro 30/06/2021

16:14:48 Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Módulo 5 - Insumos Diversos 1 - As planilhas deverão contemplar EPI's respectivos a cada tipo de posto.

Pregoeiro 30/06/2021 16:15:09

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Módulo 6 - Custos Indiretos, Tributos e Lucro 1 - Divergência no cálculo do Lucro, sendo que a as despesas indiretas integram a base de cálculo.

Pregoeiro 30/06/2021 16:15:49

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - 3. DEMAIS INFORMAÇÕES 1- Cumpre registrar que os valores relativos aos Insumos Gerais (Materiais de Limpeza e Equipamentos) encontram-se em média 38,19% inferior ao estimado através de pesquisa de preços realizada pela área gestora, razão pela qual sugiro que sejam realizadas diligências. 2- Registra-se que o valor total anual dos itens 1

Pregoeiro 30/06/2021 16:16:14

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - apresentados pela licitante na planilha de custos, encontra-se inferior ao valor registrado como último lance no sistema Compranet.

Pregoeiro 30/06/2021 16:16:47

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - .1 - Considerando que a proposta comercial ajustada, encaminhada pela licitante contempla somente o valor total anual dos itens, faz-se necessário solicitar à licitante o envio da proposta ajustada com valores individualizados por item.

Pregoeiro 30/06/2021 16:17:06

Para ALICERCE CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA - Assim, considerando os apontamentos acima, é necessária adequações das planilhas.

Ora, NUNCA SE TRATOU DE UM "SIMPLES AJUSTE" ou adequações na planilha de composição dos custos necessários para ofertar uma proposta comercial que atendesse a integralidade dos serviços licitados, mas sim NUMA NOVA PLANILHA, SÓ QUE MANTENDO O MESMO PREÇO, e para atingir sua "meta comercial" a Recorrida praticou o denominado "jogo de planilha"!

Tal termo, "jogo de planilha" é uma prática, infelizmente comum nas licitações públicas, onde empresas apresentam o que prima facie, parece uma proposta comercial vantajosa à Administração, quando na verdade apresenta uma série de deficiências para adimplir corretamente o contrato já celebrado e posteriormente costumam se socorrer com o contrato administrativo já firmado de acréscimos, realinhamento de preços, e/ou falham na execução de todas as obrigações firmadas, ou pior ainda, no caso de alocação de mão de obra, praticam o dumping social, adotando práticas desumanas de trabalho, reduzir os custos de operação, não repassando devidamente salários e benefícios e aceitando o risco de reclamações trabalhistas, onde tomador dos serviços também é demandado em juízo.

A corroborar com o acima articulado, vale o registro da jurisprudência do E. Tribunal de Contas da União:

5. O 'jogo de planilha' ocorre em dois momentos distintos. No primeiro, verifica-se a adoção de projeto básico

deficiente, que dará origem ao dano ao erário. Em uma segunda etapa, há a consumação do prejuízo, com as revisões no contrato para acréscimo de quantitativos de itens com preços acima dos praticados no mercado ou para a redução ou exclusão de itens que foram contratados com valores inferiores aos habitualmente negociados (Acórdão nº 1.380/08 – Plenário – trecho do voto do Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça).

E na doutrina temos o posicionamento de Marçal Justen Filho:

“É evidente que a melhor solução para eliminar o ‘jogo de planilha’ reside em tornar mais confiáveis os projetos da Administração Pública. Enquanto tal não se passar, a licitação continuará a ser uma disputa entre licitantes para descobrir os pontos falhos do projeto e adotar soluções que permitam ampliar o ganho durante a execução” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 747).

Para elidir esse nebuloso cenário, os critérios para aceitabilidade de preços, devem ponderar a REALIDADE de como os serviços deverão ser prestados, sendo gritante que a Recorrente não considerou TODOS os custos necessários para suportar uma boa execução dos serviços licitados.

Como primeiro custo necessário e não provisionado, tem-se que a Recorrida não considerou o percentual de um profissional substituto na cobertura de férias (submódulo 4.1 – A), sendo que tal provisão é devida porque haverá tal custo durante as férias dos profissionais substituídos, devendo ser realizado o cálculo proporcional aos 30 (trinta) dias do profissional residente.

A Instrução Normativa nº 05/2017 da extinta Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que serve de referência na contratação de serviços sob o regime de execução indireta, elucida a necessidade de provisionamento de tal custo:

“Módulo 4 - Custo de Reposição do Profissional Ausente

Nota 1: Os itens que contemplam o módulo 4 se referem ao custo dos dias trabalhados pelo repositores/substituto que por ventura venha cobrir o empregado nos casos de Ausências Legais (Submódulo 4.1)e/ou na Intrajornada (Submódulo 4.2), a depender da prestação do serviço.”

(...)

V- CUSTO DE REPOSIÇÃO DO PROFISSIONAL AUSENTE: custo necessário para substituir, no posto de trabalho, o profissional que está em gozo de férias ou em caso de suas ausências legais, dentre outros.”

Resta claro, assim, que a Recorrida deveria ter provisionado tal custo inerente à execução dos serviços licitados, por isso, sendo que sua proposta é flagrantemente inexecutável!

Outro custo indispensável que a Recorrida deixou de considerar em sua planilha de preços é o custo para cobertura de férias, dias ponte e outros, exceto para postos 12x36, (submódulo 4.2.1. – A).

Tal custo, claramente, deveria ter sido previsto na planilha de preços da Recorrida, pois, além de constar no Anexo I do Edital, o Termo de Referência (TR), em questionamento respondido pela Autoridade Julgadora, em 09/06/2021, às 14:32:48, asseverou-se a necessidade de se considerar tal custo. Como se pode observar:

“Pergunta 01 – “Tendo em vista a publicação do Edital em referência, questionamos como deverá ser considerado o dia trabalhado em feriados, as empresas deverão prever os custos de pagamento de horas extras 100% para os funcionários ou poderá esse dia ser objeto de compensação dentro da escala do funcionário, diminuindo os custos do futuro contrato, inclusive compensação está prevista e autorizada em CCT”? Resposta: “Conforme letra “a” do item 4. DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS, do Anexo I - Termo de Referência: “Os serviços a serem realizados de segunda-feira a domingo, inclusive feriados, são os abaixo relacionados, e serão executados conforme as necessidades e determinação do Gestor Técnico do Contrato a ser firmado”. Diante do exposto os custos com feriados devem ser previstos conforme Submódulo 4.2.1 - Cobertura de Feriados, Dias Ponte, e outros (exceto para postos 12 x 36), das Planilhas Custos e Formação de Preços.”

Desse modo, torna-se evidente que a Recorrida não considerou em sua planilha de custos e formação de preços o provisionamento de custos importantes e necessário aos serviços, mesmo após ter tido a chance de realizar inúmeros ajustes, acabou logrando uma vantagem indevida com tais erros de cálculos e consideração de custos, o que afronta o princípio da isonomia e torna a sua proposta inexecutável.

PORTANTO, PELO FATO DE A EMPRESA RECORRIDA NÃO TER APRESENTADO SUA PROPOSTA DE ACORDO COM OS TERMOS EDITALÍCIOS, ALÉM DE NÃO TER SE ATENTADO À RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO EMITIDA PELA AUTORIDADE JULGADORA, TEM-SE, POR IMPERATIVO LEGAL QUE SEJA PROFERIDA DECISÃO NO SENTIDO DE DESCLASSIFICÁ-LA, POSTO QUE A RECORRIDA NÃO OBSERVOU O INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, SOB PENA DE AFRONTA À LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, BEM COMO AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS LICITAÇÕES, EM ESPECIAL AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DA ISONOMIA.

Com efeito, deve-se asseverar, ainda, que a aceitação da proposta da Recorrida com todos os erros de cálculo e a falta de consideração de custos necessários, conforme exposto acima, tal empresa recebeu uma vantagem absolutamente indevida e violadora do princípio da isonomia.

Tal princípio encontra supedâneo no art. 3º da Lei Geral, o qual estabelece que a Administração deve dispensar tratamento igualitário aos licitantes.

O princípio em comento possui ainda raízes constitucionais, conforme dispõe o art. 37, inciso XXI, da CRFB:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes,

com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso)

O celebrado professor já citado, Marçal Justen Filho, assim leciona quanto ao princípio da isonomia ao longo do procedimento licitatório:

"Depois de editado o ato convocatório, inicia-se a chamada fase externa da licitação. Os particulares apresentam suas propostas e documentos, que serão avaliados de acordo com os critérios previstos na Lei e no ato convocatório. Nessa segunda fase, a Administração verificará quem, concretamente, preenche mais satisfatoriamente as condições para ser contratado. Também nessa etapa exige-se o tratamento isonômico." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Revista dos Tribunais, 16º Ed.)

Desse modo, resta patentemente violado o princípio da isonomia quando um licitante apresenta proposta em desacordo com as exigências editalícias e ainda assim sagra-se vencedora, ao passo que os outros licitantes, que ofertaram a documentação conforme exigida, recebem tratamento desigual e desfavorecido, assim, privilegiando o erro.

Ademais, a Administração deve se atentar para os riscos de uma proposta que não considera todos os custos necessários para a execução dos serviços que serão contratados, dado que propostas inexequíveis representam um verdadeiro perigo de dano ao erário.

A fragilidade de uma proposta inexequível pode se configurar em uma verdadeira armadilha para o órgão licitante, em que o primeiro classificado vence o certame, atinge seus objetivos empresariais, quaisquer que sejam, fracassa na execução do objeto e rapidamente se socorre da revisão de preços.

O Tribunal de Contas da União já decidiu sobre o tema:

Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: (...). Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo consequências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgride o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária. (grifos editados)

No mesmo sentido são as lições de Marçal Justen Filho:

Admitir generalizadamente a validade de propostas de valor insuficiente pode significar um incentivo a práticas reprováveis. O licitante vencedor procurará alternativas para obter resultado econômico satisfatório. Isso envolverá a redução da qualidade da prestação, a ausência de pagamento dos tributos e encargos devidos, a formulação de pleitos perante a Administração e assim por diante.

[...]

Usualmente, a contratação avençada por valor insuficiente acarretará a elevação dos custos administrativos de gerenciamento do contrato. Caberá manter grande vigilância quanto à qualidade e perfeição do objeto executado e litígios contínuos com o particular, sempre interessado em obter uma solução que propicie a reestruturação da contratação. Logo, as vantagens obtidas pela Administração poderão ser meramente aparentes. No final, a Administração obterá ou um objeto de qualidade inferior ou se deparará com problemas muito sérios no tocante à execução do contrato. (grifamos)

A Administração deve se assegurar de que as propostas apresentadas sejam viáveis e, para tanto, deve certificar o preço por meio de documentos que comprovem que os custos envolvidos são coerentes com os preços de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato.

No caso em tela, a Administração deve se certificar que o menor preço ofertado pagará não apenas os profissionais que se exige para a execução do objeto, mas, também, todos os custos operacionais e legais que envolvem a contratação e manutenção destes profissionais, inclusive, os custos dos substitutos na cobertura de férias e a própria cobertura de feriados e dias pontes.

Essa interpretação remete a conclusão de que o preço inexequível gera prejuízos para a Administração e frustração da licitação – o que parece ser economicamente viável pode se tornar um grandioso problema.

É nesse sentido, para evitar ações aventureiras, que as normas pertinentes buscam imperativamente que a Administração se resguarde da formulação de propostas com preços inexequíveis. Para tanto, o órgão licitante deve estar seguro de que o contrato será executado nos moldes exigidos no edital, com investigações prévias à assinatura do instrumento acerca dos preços ofertados.

Nesse sentido a jurisprudência do TCU:

10. A propósito do procedimento, ora anunciado, parece-me imperioso frisar, de início, que, nos termos legalmente estabelecidos, é prevista a desclassificação de propostas na licitação que tenham valor global superior ao limite estabelecido ou que apresentem preços manifestamente inexequíveis, significando dizer que, uma vez submetidos ao critério estabelecido no §1º anteriormente transcrito, os preços que se situem em patamares inexequíveis, deverão, necessariamente, ser objeto de demonstração de viabilidade pela empresa que os ofertou, sob pena de, não logrando êxito nessa comprovação, ter desclassificada sua proposta.

Também não se pode olvidar, como já dito e repisado, a gravíssima situação da empresa tida como "vencedora" violar os direitos dos colaboradores, tudo para "fechar seu preço" pode acarretar na configuração da culpa in eligendo in vigiliando, diante do flagrante risco da recorrida não adimplir corretamente todas as obrigações trabalhistas nos termos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e seus precedentes, vejamos:

Súmula nº 331 do TST

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Considerando tudo o que foi exposto é de se concluir que a Recorrida DEVE TER SUA PROPOSTA DESCLASSIFICADA, por não ter considerado todos os custos necessários em sua planilha de preços, bem como por ter sido violado o princípio da isonomia ao se considerar tal proposta com vantagem indevida, além de ter a Administração de se resguardar de proposta inexecutável como a da Recorrida, por não ter atendido o Edital.

3.2. DA NECESSÁRIA INABILITAÇÃO DA RECORRIDA PELA AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE ACORDO COM O EDITAL E A LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Analisando-se os documentos de habilitação da Recorrida, percebe-se que esta apresentou Balanço Patrimonial inválido e contrário ao Edital e a própria lei, assim, não tendo ofertado documentação de qualificação econômico-financeiro indispensável, por isso, sendo medida de rigor que seja inabilitada.

O subitem editalício afrontado é o 8.2.4., nas suas alíneas "a" e "a.1", como se observa:

"8.2.4. Habilitação Econômico-financeira

a) 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 há mais de 03 (três) meses da data de apresentação da proposta, comprovando índices de Liquidez Geral - LG; Liquidez Corrente - LC, e Solvência Geral - SG, superiores a 1 (um).

a.1) Para fins de definição do "último exercício social" do Balanço Patrimonial a ser exigida, será considerado, na data de abertura da sessão pública, o prazo legal fixado pelo Código Civil, art. 1.078, qual seja, o dia 30/04/2020, inclusive para os casos em seja utilizado o sistema de Escrituração Contábil Digital - ECD (comprovada a transmissão desta à Receita Federal do Brasil, por meio da apresentação do Termo de Autenticação (recibo gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital - SPED).

Os itens acima exigem que as licitantes, para serem consideradas habilitadas, apresentem o balanço patrimonial do último exercício social já exigível e apresentado, ainda, NA FORMA DA LEI, o que no presente caso se traduz na obrigatoriedade de apresentação do balanço patrimonial referente ao exercício de 2020, por ser o último já exigível.

Além disso, o próprio subitem "a.1" esclarece o que seria o último exercício social do balanço patrimonial a ser exigido, que deve considerar a data de abertura da proposta e o prazo legal estabelecido no art. 1078 do Código Civil, mesmo para os casos em que se utiliza o sistema de escrituração contábil digital - ECD.

Tal exigibilidade, como se vê, decorre do art. 1078 do Código Civil que estabelece qual é o prazo para a aprovação do balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis para fins de cumprimento do art. 31, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, que fundamenta a exigência de qualificação econômico-financeira nos certames licitatórios. Vejamos:

"Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de:

I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;"

Portanto, percebe-se que o balanço patrimonial deve ser elaborado e aprovado até o quarto mês seguinte ao término do exercício social (30 de abril), sendo essa a disposição legal sobre o tema e que embasa a exigência editalícia acima. E desse modo, tem-se que ocorrendo a sessão pública para a entrega das propostas em data posterior a esse limite legal, torna-se exigível, para fins de qualificação econômico-financeira, a apresentação do balanço patrimonial referente ao exercício imediatamente anterior.

Com efeito, como a sessão pública para a apresentação das propostas se deu em 11/06/2021, resta hialino, de acordo com o art. 1078 do Código Civil de 2002 e com o próprio Edital, que o balanço patrimonial exigível e que deve ser apresentado para fins de qualificação econômico-financeira é o referente ao do exercício de 2020.

Outrossim, esse, igualmente, é o entendimento do Tribunal de Contas da União, como se vê:

"ACÓRDÃO 1999/2014 - PLENÁRIO

(...)

6. A questão se resume a saber se, na data em que as propostas foram apresentadas, a lei exigia que o balanço e demonstrações contábeis referentes a 2013 já estivessem aprovados.
7. O art. 1078 do Código Civil estabelece que a assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao do término do exercício social, com diversos objetivos, entre eles o de "tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e de resultado econômico".
8. Verifica-se, portanto, que, em até quatro meses (30 de abril), devem estar aprovados o balanço patrimonial e os demais demonstrativos contábeis. Como a sessão para abertura das propostas ocorreu no dia 20/5/2014, já era exigível nessa data a apresentação dos citados documentos referentes ao exercício de 2013.
9. Alega a representante que a "validade dos balanços" se findaria em 30/6/2014, por força da Instrução Normativa da Receita Federal 1.420/2013.
10. Tal normativo institui a Escrituração Contábil Digital (ECD), que deverá ser transmitida ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), pelas pessoas jurídicas obrigadas a adotá-la. Segundo o art. 3º dessa norma, ficam obrigadas a adotar a ECD as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real ou presumido (o que seria o caso da representante). O art. 5º da IN estabelece que a ECD será transmitida até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao que se refira a escrituração.
11. Entende a representante que os dispositivos acima mencionados exigiriam que o INSS, em maio de 2014, ainda aceitasse como "válido" o balanço e as demonstrações relativas a 2012, uma vez que não teria se encerrado o prazo estabelecido no art. 5º da referida norma, que é 30 de junho.
12. Esse entendimento não merece prosperar. O prazo para aprovação do balanço é 30/4/2014, segundo disposto no art. 1078 do Código Civil. Evidentemente, uma instrução normativa não tem o condão de alterar esse prazo, disciplinado em lei ordinária. O que a IN faz é estabelecer um prazo para transmissão da escrituração contábil digital, para os fins operacionais a que ela se destina.
13. Conclui-se, portanto, que o ato do pregoeiro de inabilitar a representante, que apresentou a documentação referente ao exercício de 2012, foi correto, embasado no edital do certame e na legislação pertinente. Assim, deve ser considerada improcedente a representação formulada pela empresa Cibam Engenharia Eirelli."

A jurisprudência pátria entende no mesmo sentido:

"Apelações e Reexame Necessário – Mandado de Segurança – Licitação – Empresa vencedora que apresentou balanço patrimonial em desacordo com o edital – Descabimento – Da análise dos autos, conclui-se que na data em que ocorreu o certame licitatório (31/05/2019), mais de 04 meses após o encerramento do exercício social anterior, deveria a empresa vencedora ter apresentado balanço patrimonial do exercício de 2018 e não do exercício de 2017 – Presença do alegado direito líquido e certo – Sentença concessiva da segurança mantida – Recursos oficial e voluntários improvidos."

(TJ-SP - APL: 10009102020198260042 SP 1000910-20.2019.8.26.0042, Relator: Marcelo L Theodósio, Data de Julgamento: 31/01/2020, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/01/2020)

"LIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – PREGÃO – INABILITAÇÃO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ÚLTIMO ANO DE EXERCÍCIO SOCIAL – PRAZO PREVISTO NO ART. 1.078, I, CC – RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO. 01. A ausência de manifestação judicial sobre pedido de formação de litisconsórcio passivo necessário não implica em cerceamento de defesa, considerando que somente ocorre litisconsórcio passivo necessário nas hipóteses previstas no art. 114 do CPP. Preliminar afastada. 02. O balanço patrimonial para demonstração da capacidade financeira relativo ao último ano de exercício social deve ser elaborado até abril do ano subsequente, na forma do art. 1.078, I, do Código Civil, conforme se extrai do instrumento convocatório e da análise dos princípios da licitação. Recurso conhecido e não provido."

(TJ-MS - AC: 08228252820198120001 MS 0822825-28.2019.8.12.0001, Relator: Des. Wilson Bertelli, Data de Julgamento: 25/06/2020, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 30/06/2020)

"DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do voto da Relatora. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO MELHOR PREÇO, MAS POSTERIOR DESCLASSIFICAÇÃO POR NÃO APRESENTAR OS DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS EMPRESAS, POR MEIO DE BALANÇO PATRIMÔNIO E DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. INSCRIÇÃO DO SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURA DIGITAL - SPED QUE NÃO DESOBRIGADA AO FECHAMENTO DO BALANÇO PATRIMÔNIO ATÉ ABRIL DO ANO CONSEQUENTE. ART. 1078 DO CC E ART. 2º, § 1º DO DECRETO 6.022/2007. DESCLASSIFICAÇÃO REGULAR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Agravo de Instrumento nº 1.442.143-9 fls. 2º" (TJPR - 4ª C. Cível - AI - 1442143-9 - Curitiba - Rel.: CRISTIANE SANTOS LEITE - Unânime - - J. 15.03.2016)

(TJ-PR - AI: 14421439 PR 1442143-9 (Acórdão), Relator: CRISTIANE SANTOS LEITE, Data de Julgamento: 15/03/2016, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1788 28/04/2016)

Entretanto, em total arrepio aos termos do Edital e à legislação de pertinente, a empresa Recorrida APRESENTOU BALANÇO PATRIMONIAL DE 2019, sendo este já defasado e inservível, como demonstrado.

Assim, resta clarividente que a Recorrida deve ser inabilitada por não ter apresentado o balanço patrimonial já exigível, que é o de 2020, por isso, afrontou o instrumento convocatório e não comprovou a sua qualificação econômico-financeiro dessa forma.

Ademais, recorda-se que a finalidade da habilitação é a aferição de capacidade da licitante para a execução do objeto de forma satisfatória, para que, ao final, sagre-se vencedora aquela que comprovar tal capacidade e apresentar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Significa que na habilitação a Administração verificará a aptidão de todas as licitantes, com o fito de conhecer se as mesmas estão aptas a prestar com excelência o objeto da licitação ou não.

Neste sentido encontramos o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a habilitação é:

"... a fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração." (in Curso de Direito Administrativo, 15ª edição, p.534)

Também explana o saudoso jurista Hely Lopes Meirelles:

"habilitação ou qualificação é o ato pelo qual o órgão competente (geralmente o julgador da licitação, mas pode ser também a Comissão de Julgamento do registro cadastral, quando existente na repartição interessada), examinada a documentação, manifesta-se sobre os requisitos pessoais dos licitantes, habilitando-os ou inabilitando-os." (in Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição, p.286)

Assim, nota-se que a habilitação possui o fito de aferir a capacitação jurídica, técnica, econômico-financeira, fiscal e a regularidade perante o Ministério do Trabalho, de cada licitante.

No caso em tela, a Recorrida, não atendendo à finalidade da habilitação, demonstra que não está plenamente apta a executar o objeto do presente certame, haja vista que não apresentou toda a documentação referente à qualificação econômico-financeira como elencado no edital, razão pela qual devem ser alijada do certame.

Ademais, com o desrespeito aos termos do Edital pela Recorrida, mister destacar a necessidade primordial do respeito ao princípio basilar do direito administrativo nos processos licitatórios, no que tange à vinculação ao edital, sendo certo que tal princípio tem supedâneo no já citado art. 31 da Lei 13.303/06

Destarte, a Administração tem o DEVER de respeitar aquilo que foi estabelecido pelo diploma editalício, não podendo, de forma alguma, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas.

Tal princípio não é mera conveniência ou simples prerrogativa legal que pode ser facilmente descartada. Jaz aqui a fundamentação exordial de todo e qualquer certame. Jamais poderia se falar no desrespeito a tal princípio, este está atrelado a, praticamente, todos os demais princípios arrolados pela legislação, doutrina e aceitos pela jurisprudência, a Isonomia e o Julgamento Objetivo são exemplos de princípios adstritos diretamente àquele.

No dizer preciso do saudoso Hely Lopes Meirelles (in direito administrativo brasileiro, 19ª ed., Ed. Malheiros, pg. 260)

"Edital – como lei interna da licitação vincula inteiramente a administração e os proponentes"
(na mesma obra, págs. 262 e 272)

"O julgamento das propostas é ato vinculado às normas legais e ao estabelecido no edital, pelo que não pode a administração desviar-se do critério fixado, desconsiderando os fatores indicados ou considerando outros não admitidos, sob pena de invalidar o julgamento..."

"(...) julgamento regular é o que se faz em estrita consonância com as normas legais pertinentes e aos termos do edital, pois não é ato discricionário, mas vinculado"

E na mesma obra (pg. 249/250):

"Vinculação ao edital – a vinculação ao edital é o princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse a forma e o modo de participação dos licitantes e, no julgamento se afastasse do estabelecido ou admitisse documentação ou proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação e como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu"

Maria Sylvia Zanella di Pietro (in direito administrativo, 4ª ed., Ed. Atlas, pg. 255).

"Daí a afirmação a qual o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente

Toshio Mukai (In Licitações, Ed. Forense, 1ª ed., pg. 44)

"Qualquer condição levada em conta pela comissão, fruto de errônea e distorcida interpretação daquelas previstas no edital, é motivo para invalidação do julgamento"

Lembramos o feliz comentário do ilustre professor Marçal Justen Filho em sua obra (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 7ª ed., pg. 360/361).

"Aquele que não apresenta os documentos ou os apresenta incompletos ou defeituosos descumpra seus deveres e deverá ser inabilitado"

Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Ed. Malheiros, pg 355).

"O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma em observação feliz, que é sua lei interna. Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar (art. 41). Embora não seja exaustivo, pois normas anteriores e posteriores o contemplam, ainda que não reproduzidas em seu texto, como bem diz Hely Lopes Meirelles, o edital

é a matriz da licitação e do contrato; daí não se pode exigir ou dividir além ou aquém do edital”

A jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo é no mesmo sentido. Vejamos.

"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. ATO DO PREGOEIRO. HABILITAÇÃO DE LICITANTE EM DESACORDO COM O EDITAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. O Edital como "lei interna" da licitação deve sobrepor-se aos interessados de forma a assegurar a lisura, transparência e isonomia no que diz respeito ao cumprimento dos seus requisitos e exigências, tudo direcionado ao interesse público. Recurso não provido."

(TJ-SP - APL: 00048699420098260000 SP 0004869-94.2009.8.26.0000, Relator: Camargo Pereira, Data de Julgamento: 29/07/2014, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/08/2014)

A apresentação de toda documentação, tanto para a classificação da proposta quanto para a habilitação, na forma discriminada no ato convocatório é peremptória a todos os licitantes, face à isonomia que deve prevalecer nos trabalhos.

Com efeito, se assim não fosse, a Administração estaria privilegiando a incúria e tratando com desigualdade aqueles que houveram, por bem, cumprir com todas as exigências selecionadas no edital.

Afinal, à luz de tudo quanto exposto, faz-se necessário inabilitar a Recorrida por não ter apresentado o balanço patrimonial de 2020, que é o exigível, além de ter contrariado o Edital e afrontado o princípio de vinculação ao instrumento convocatório.

3.3. DA PUNIÇÃO COM IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR SOFRIDO PELA RECORRIDA

Tão grave ao já articulado é o fato que tal Recorrida, encontra-se SANCIONADA DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, como pode-se PROVAR na relação de empresas apenas disponibilizada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, publicada no Diário Oficial, página 17 do Caderno Legislativo do Diário Oficial do Estado de São Paulo (DOSP) de 2 de julho de 2021:

ORGAO: PREFEITURA MUNICIPAL DE DOIS CÓRREGOS
EMPR. APENADA: ALICERCE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS CGC/MF: 42.971.150/0001-92
ENQUADRAMENTO: Art. 7, da Lei 10.520/02.
PERÍODO: INÍCIO: 09/06/2021 TÉRMINO: 09/06/2022”

Para que não se suscite qualquer “possibilidade de participação” ou abrangência da sanção dentro dos conceitos de “Administração Pública” e/ou “Administração” que porventura a Recorrida venha argumentar em sede de contrarrazões, deve-se esclarecer que tal discussão já se encontra PACIFICADA pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

STJ:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.

(REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. (...) 2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (...)

(AIRES 201301345226, GURGEL DE FARIA, STJ – PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:31/03/2017)

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.362 - PR (2013/0134522-6) "RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA AGRAVANTE: DALFRE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA ADVOGADO: MARIA ADRIANA PEREIRA DE SOUZA - PR025718 AGRAVADO: ESTADO DO PARANÁ PROCURADOR: AUDREY SILVA KYT E OUTRO(S) - PR044763 EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013).

3. Agravo desprovido."

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 582.683 - RS (2014/0234785-2) RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

ADVOGADO: EVANDRO GARCZYNSKI E OUTRO(S)

AGRAVADO: PLANSUL PLANEJAMENTO E CONSULTORIA LTDA

ADVOGADO: ALESSANDRA VIEIRA DE ALMEIDA PIMENTA DE OLIVEIRA INTERES: SANDES CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA

EMENTA ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535, II, DO CPC. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ÂMBITO NACIONAL. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO."

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.

2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.

3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.

5. Segurança denegada.

(MS 19.657/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013)

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido.

(REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 294)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LIMINAR QUE POSSIBILITA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA PUNIDA COM PENA DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE LICITAR. GRAVE LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Trata-se de Agravo Interno interposto pelo Estado do Ceará contra a decisão que indeferiu o Pedido de Suspensão de Liminar em Mandado de Segurança, sob os seguintes argumentos: a) não foi comprovado que a decisão questionada viola acentuadamente a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas; b) não há urgência na concessão da medida, pois o pleito de suspensão não foi imediato, tendo sido formulado após o deferimento da liminar. 2. Na origem, a ora agravada (Engevix Engenharia de Projetos S/A) impetrou Mandado de Segurança questionando a validade de cláusulas editalícias (item 3.3) de duas Concorrências Públicas da Companhia de Gestão de Recursos Hídricos (COGERH) que vedam a participação de empresas apenas com suspensão temporária de licitar. As licitações cujos editais são impugnados referem-se à contratação de serviços de consultoria para a elaboração dos estudos de viabilidade, estudos ambientais (EIA-RIMA), levantamento cadastral, plano de reassentamento e projeto executivo das barragens Poço Comprido e Pedregulho, ambas no Município de Santa Quitéria/CE. Consta que o objeto das citadas concorrências será custeado com valor estimado em R\$ 4.041.068,76 (quatro milhões, quarenta e um mil, sessenta e oito reais e setenta e seis centavos). 3. A ora agravada defende que a penalidade de suspensão temporária de licitar e contratar não pode abranger toda a Administração, devendo ser restrita ao órgão aplicador da sanção, o qual, no caso, é a estatal Eletrosul. 4. A própria Engevix Engenharia de Projetos S/A - citada em vários procedimentos da operação lava-jato, tendo feito colaboração premiada - não informa os atos por ela praticados que ensejaram a aplicação, pela Eletrosul, da pena de suspensão temporária de licitar, de sorte que a Corte Especial, no presente feito, estará deliberando no escuro. 5. O Desembargador relator no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará concedeu, em parte, a liminar, determinando que as autoridades coatoras se abstenham de desclassificar as propostas da ora agravada com base nos requisitos do item 3.3 dos editais citados. 6. O eminente Relator negou provimento ao Agravo Interno por entender que não se demonstrou ofensa grave à ordem pública. NATUREZA JURÍDICO-POLÍTICA DO PEDIDO DE SUSPENSÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE JUÍZO DE DELIBERAÇÃO MÍNIMO SOBRE A CONTROVÉRSIA PRINCIPAL 7. A suspensão da eficácia de liminar ou segurança, embora longe de constituir modalidade recursal (típica ou atípica), na prática acaba imprópria e, aqui e acolá, ilegitimamente, por fazer as vezes de recurso. A ratio essendi do instituto não afronta, em si ou em tese, os fundamentos do Estado de Direito, que tem na prevalência do interesse público um dos seus pilares. Se assim é, lógico e necessário que o legislador estabeleça mecanismos, inclusive processuais e pragmáticos, de garantia do bem comum, fragmentado em nichos de valor ético-jurídico do tipo "ordem", "saúde", "segurança", "economia" públicas. À luz da jurisprudência do STJ e do STF, portanto, afasta-se da suspensão a pecha de via que, de plano, haverá de se ter como intrínseca e inevitavelmente contrária aos alicerces mais profundos do ordenamento. Porém, a constitucionalidade, legalidade e compatibilidade do instrumento com o Estado de Direito dependem dos contornos e limites impostos ao instrumento pelo legislador e - principalmente - do cumprimento integral e rigoroso, pelo prolator da decisão, dos requisitos e cautelas procedimentais que da suspensão se exigam. 8. Não obstante essa legitimidade original, em nada incondicional, a suspensão transformou-se em espécie de bête noire da processualística e experiência judicial brasileiras, em razão de uso heterodoxo e abusivo no cotidiano dos Tribunais. Nela se enxergam pelo menos dois pontos de modificação anômala do princípio do due process (ordem natural do processo) e do princípio do juiz natural. Primeiro, a constatação objetiva de que o instituto atropela, por meio de decisão monocrática do Presidente do Tribunal, o rito próprio e a cognição comum dos recursos. E segundo, o sentimento de que a suspensão abate a

distribuição livre e aleatória a Desembargador ou Ministro integrante de órgão colegiado, porquanto dirigida diretamente ao Presidente da Corte, é instrumentalizada mediante a ciência prévia da pessoa do julgador, permitindo, a partir da combinação da medida com o manejo de recursos, verdadeiro forum shopping interno. 9. Por isso, a suspensão de liminar ou segurança deve ser vista e utilizada como via absolutamente excepcional, de rígida vinculação aos núcleos legais duros autorizativos previstos na legislação ("ordem", "saúde", "segurança", "economia" públicas), que devem ser interpretados de maneira estrita, sendo vedada dilatação ou afrouxamento das hipóteses de cabimento ou de legitimação, p. ex., para ampliar o rol dos legitimados ativos legalmente estabelecidos (o "Ministério Público" e a "pessoa jurídica de direito público interessada") ou, no mérito, para se distanciar dos valores ético-jurídicos legitimadores da medida. Esses reclamam dupla fundamentação, ou seja, primeiro, "manifesto interesse público" ou "flagrante ilegalidade" e, segundo, cumulativamente, a finalidade específica de evitar (prevenção) "lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas", lesão em si (e não o risco em si) que deve ser "grave" (arts. 4º da Lei 8.437/1992 e 15 da Lei 12.016/2009). De modo que a decisão do Presidente do Tribunal que aprecia a Suspensão clama por fundamentação de máxima intensidade, com imediato trâmite e julgamento de eventual recurso interposto contra ela. 10. Estabelecidas essas premissas, entende-se que, apesar da inexacta e infeliz terminologia jurisprudencial e doutrinária predominante, na Suspensão não se tem puramente juízo político. Jurisdição se exerce com fulcro em parâmetros e conteúdo valorativo preestabelecidos na legislação, o que, na lógica e no discurso jurídicos do Estado de Direito, implica juízo de legalidade e juízo de constitucionalidade e, com amparo neles, decisão jurisdicional. No coração do Estado de Direito, como a própria expressão indica, encontra-se o império das normas (regras e princípios) de Direito, regido só por elas - não mais nem menos que por elas. Por isso, mesmo no âmbito da Suspensão, devem ser rejeitados juízos estritamente políticos (de conveniência e oportunidade). A nenhum juiz, mesmo os integrantes das Cortes de grau mais elevado, deve ser dado afastar-se dos parâmetros da Constituição Federal e das leis. 11. Mesmo compreendida como juízo de legalidade ou juízo de constitucionalidade, ainda assim a Suspensão de Liminar ou Segurança há de se utilizar com elevada prudência. Do contrário, inverte-se a ordem natural e democrática do sistema jurídico e do processo, em que aos juízes incumbe emitir juízos técnico-legais; e, aos outros Poderes, juízos políticos. Por isso, a Suspensão de Segurança é medida absolutamente excepcional, voltada a sobrestar execução ou cumprimento de liminar prejudicial à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, não servindo como sucedâneo recursal. 12. A decisão que examina o pedido de suspensão não pode afastar-se totalmente do mérito da causa originária, não só porque é necessária a verificação da plausibilidade do direito, como também para que não se torne via processual de manutenção de situações ilegítimas. Por isso, o deferimento ou indeferimento da citada medida pressupõe juízo de delibação mínimo acerca da controvérsia principal - no caso, a abrangência dos efeitos da sanção de suspensão temporária do direito de licitar prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/1993. A PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE LICITAR PREVISTA NO ART. 87, III, DA LEI 8.666/1993 ABRANGE TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NÃO ESTANDO RESTRITA AO ENTE QUE A IMPÕE 13. É ENTENDIMENTO ASSENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA PENA DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE LICITAR ABRANGE TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, E NÃO SOMENTE O ENTE QUE APLICA A PENALIDADE. NESSA LINHA: AGINT NO RESP 1.382.362/PR, REL. MINISTRO GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJE DE 31/3/2017; MS 19.657/DF, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DE 23/8/2013; RESP 174.274/SP, REL. MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ DE 22/11/2004, P. 294, E RESP 151.567/RJ, REL. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ DE 14/4/2003, P. 208. LICITAÇÃO VICIADA - LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS 14. É evidente que a participação de empresas punidas pela Administração com a pena de suspensão temporária de licitar, em concorrências públicas, abrange a ordem e a economia públicas. 15. A liminar cuja Suspensão foi postulada impõe que a Administração Pública autorize a participação de empresa em procedimento licitatório contra disposição normativa expressa, cuja observância é obrigatória para a Administração em virtude do princípio da legalidade. Ademais, impede a realização de processo licitatório sem vícios que possam comprometer todo o contrato administrativo e a economia pública. 16. O fato de não existir perfeita contemporaneidade do pedido de Suspensão de Liminar com o deferimento da tutela provisória não obsta sua concessão, porque o pleito foi apresentado antes da finalização das Concorrências Públicas, de modo que se encontra presente o interesse em evitar a contratação com a empresa punida, ora agravada. 17. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a existência de grave lesão à ordem administrativa e à economia pública quando presentes vícios na licitação, bem como a impossibilidade de o Poder Judiciário autorizar a realização do processo licitatório em tal situação. Nesse sentido: AgInt na SS 2.941/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 7/8/2018; AgInt na SS 2.908/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 7/8/2018; AgInt na SLS 2.350/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 7/8/2018 e AgInt na SS 2.923/AP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 17/4/2018. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - AUSÊNCIA DE NATUREZA RECURSAL 18. No caso dos autos, o deferimento do pedido de suspensão de liminar visa apenas retirar a executoriedade de decisão manifestamente ilegal, que, como destacado, permite inaceitável participação de empresa apenas com suspensão temporária do direito de licitar em concorrências públicas. A própria Engevix Engenharia e Projetos S/A reconhece que lhe foi cominada a citada sanção; contudo, a fim de não cumpri-la, tornando-a inócua, pretende limitar seus efeitos com base em interpretação do art. 87, III, da Lei 8.666/1993 contrária à jurisprudência pacífica do STJ. 19. No presente feito, não se quer reapreciar o mérito da controvérsia, ou rejulgar a causa, atribuindo a esse incidente natureza recursal, mas sustar a eficácia de decisão judicial que permite a manutenção de situação manifestamente ilegal, passível de causar prejuízos a toda a sociedade, que é exatamente o alvo do instituto da Suspensão de Segurança. 20. Assim, trata-se apenas de cautelarmente sobrestar o cumprimento de decisão que obriga a Administração a descumprir norma legal, maculando, todo o certame, o tratamento isonômico entre os participantes, e prejudicando a escolha da melhor proposta. O escopo do presente feito é suspender a potencial lesão a esses outros interesses que devem ser protegidos. CONCLUSÃO 21. Rendendo homenagens ao judicioso voto do eminente Relator, dele divirjo e dou provimento ao Agravo Interno, deferindo o pedido de suspensão da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança em questão, com efeitos retroativos à concessão da liminar deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, até o trânsito em julgado do writ. (STJ - AgInt na SS: 2951 CE 2018/0077027-4, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 04/03/2020, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 01/07/2021)

Ademais, o Tribunal Regional Federal da 3º Região responsável pela análise judicial de tal certame, SEGUE TAL ENTENDIMENTO, COMO DITO PACIFICADO!

E M E N T A AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO MODALIDADE PREGÃO. MANDADO SE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. LEI 10.520/2002. LEI 8.666/93. 1 - Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade da penalidade de impedimento de licitar e contratar aplicada por outro ente da Administração Pública se estender ao procedimento Licitação Eletrônica nº 2018/02669, do Banco do Brasil S/A, lote 7. 2 - A empresa vencedora do certame, Pará Segurança e Transporte de Valores Ltda. (ID Num. 24006768 - Pág. 11), teve contra si aplicada a pena de impedimento de licitar e contratar com o Centro de Hemoterapia do Pará - FUNDAÇÃO HEMOPA, pelo prazo de 1 ano, a contar da publicação da Portaria n. 659/2017-AJUR/GABINETE/HEMOPA, de 13/10/2017, publicada em 17/10/2017 (ID Num. 24006771 - Pág. 1) 3 - O argumento trazido pelo Banco do Brasil nas informações, que também foram utilizadas para rejeitar o recurso administrativo interposto pela ora agravante, é no sentido de que a penalidade foi imposta por ente Estadual (Fundação HEMOPA) e que, portanto, não está incluída nas restrições do Edital. 4 - Tanto aqueles que participam do certame, como a própria Administração Pública, devem zelar pela observância dos dispositivos previstos expressamente na lei e no edital. 5 - O edital ora impugnado se submete ao disposto na Lei nº 13.303/2016, que "dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", na Lei 10.520/2002, que prevê o procedimento na modalidade "pregão", bem como na Lei nº 8.666/1993, que "regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências". 6 - A Lei 10.520/2002, que prevê o procedimento na modalidade "pregão", bem como a Lei 8.666/93, de aplicação subsidiária, tratam especificamente da possibilidade de serem impostas sanções administrativas ao contratado pela inadimplência total ou parcial do objeto licitado. 7 - Conforme a hipótese está prevista a impossibilidade de participar de futuros certames pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato. A aplicação dessa penalidade depende de prévio procedimento administrativo, com a garantia da ampla defesa, e enseja a observância da proporcionalidade e razoabilidade na sua dosagem, levando em consideração as situações fáticas que acarretaram a inadimplência, se esta foi total ou parcial e a culpabilidade do contratado, dentre outras circunstâncias. 8 - Conforme precedentes jurisprudenciais, inexistente distinção entre ente federal e estadual (ou municipal) para limitação dos efeitos de aplicação da pena de impossibilidade de contratação com a administração pública. 9 - Presente a probabilidade do direito, ao menos em exame de cognição sumária, que possibilita a suspensão da contratação da empresa Pará Segurança ou, caso já tenha ocorrido a assinatura do contrato, a suspensão dos efeitos da contratação, até prolação da sentença. 10 - Agravo de Instrumento PROVIDO e Agravo Regimental PREJUDICADO. (TRF-3 - AI: 50007875520194030000 SP, Relator: Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, Data de Julgamento: 26/07/2019, 6ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 31/07/2019)

Note-se que tal jurisprudência ANALISA OS MESMOS DIPLOMAS JURÍDICOS UTILIZADOS NESTE CERTAME, SENDO CERTO QUE TAL EMPRESA RECORRIDA JAMAIS PODERIA TER SIDO DECLARADA "VENCEDORA" DA DISPUTA POR ESTAR IMPEDIDA DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA!!!!

Destarte, URGE a necessidade de desclassificar e inabilitar a Recorrida, principalmente porque esta sabia que estava punida com a Administração Pública e quedou-se inerte!!!

4. DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer-se o recebimento do presente RECURSO ADMINISTRATIVO e seu regular processamento, para que no mérito, seja-lhe dado INTEGRAL PROVIMENTO, com a consequente modificação da decisão proferida, DESCLASSIFICANDO E INABILITANDO a empresa ALICERCE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., diante do descumprimento editalício e legal, além de se considerar a punição com impedimento de licitar sofrida por esta, bem como que o presente Pregão Eletrônico nº 21/2021 seja retomado e proceda às próximas fases.

Não sobrevivendo este entendimento, requer-se o encaminhamento para a Autoridade Superior competente, para que aprecie seu mérito, sendo esta a única forma de se alcançar a tão almejada JUSTIÇA!!!

Nestes termos,
P.E. Deferimento.

São Paulo, 08 de julho de 2021.

SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EIRELI
GUSTAVO MARTINS DE GODOY
RG. 38.775.300-X SSP/SP
PROPRIETÁRIO

Voltar