

**ILUSTRÍSSIMA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DE
SERGIPE - DESO**

Concorrência Pública nº 10.2014

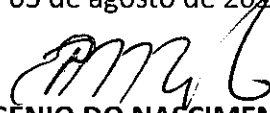
DÓREA E NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, já devidamente qualificada nos autos do procedimento licitatório em epígrafe, vem à presença desta Egrégia Comissão interpor **RECURSO** contra decisão final das propostas, com base no item 16, alínea "b" do edital, **atribuindo-lhe efeito suspensivo**, nos termos do item 16.2 do edital, pelos argumentos de fato e de direito constantes nas anexas razões.

Requer o recebimento do presente recurso, com a necessária comunicação aos demais licitantes e a posterior remessa ao Presidente da DESO para julgamento, nos termos do item 16.4 do edital, caso não se promova a reconsideração da decisão prolatada, nos moldes do item 16.5 do edital.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Aracaju/SE, 03 de agosto de 2015.



PEDRO EUGÊNIO DO NASCIMENTO NETO
SÓCIO-ADMINISTRADOR
DÓREA E NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADVOGADOS
CNPJ 10.487.214/0001-98

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DE
SERGIPE - DESO**

Concorrência Pública nº 10.2014

Recorrente: DÓREA E NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADVOGADOS

RAZÕES DE RECURSO

Emérito Julgador,

O Recorrente, inconformado com a decisão proferida, tendo em vista que não observou estritamente os termos editalícios, promove o presente recurso administrativo objetivando a nulidade do processo licitatório em referência, e, caso não seja esse o entendimento de vossa excelência, no mérito, requer a alteração da pontuação do licitante recorrente, com a desclassificação de licitantes que não atenderam o edital e a necessária minoração da pontuação de licitantes que não comprovaram documentalmente a experiência e declarações necessárias, além da declaração de inexequibilidade do primeiro e segundo colocados.

**1. DA PRELIMINAR DE VÍCIO NO PROCEDIMENTO – INOBSERVÂNCIA
DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA
DECISAO QUE ACOLHEU RECURSOS – AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO
DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

*homologado
mesmo assim?*

Ab initio, douto Presidente, imperioso reconhecer que com a interposição de recursos contra a decisão que **julgou as propostas técnicas** dos licitantes, a Egrégia

Comissão de Licitação **não** promoveu o devido processo legal: **a)** quedando-se inerte quanto ao necessário encaminhamento dos recursos para a Autoridade Superior; **b)** não observando o prazo de 05 (cinco) dias para novos recursos da decisão que reformou alguma das pontuações técnicas; sem falar na **c)** falta de motivação do referido *decisum*, senão vejamos.

Da perfunctória análise do artigo 109 da Lei de Licitações, é de fácil constatação que **o Recurso Hierárquico contra a decisão de julgamento das propostas técnicas *deveria* ter sido submetido à Autoridade Superior, o que *in casu* não ocorreu, verbis:**

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

§ 4o O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

Logo, é patente que não foi respeitado o duplo grau de jurisdição administrativa para julgamento dos recursos.

Ora Excelência, os recursos administrativos encontram seu **fundamento constitucional no artigo 5º, LV da CF** que prevê o duplo grau de jurisdição, tanto no processo judicial, **como administrativo.**

De igual modo, depreende-se que o cumprimento do artigo §4º da Lei 8.666/93, ou seja, a **necessária submissão dos Recursos Hierárquicos à Autoridade Superior** trata-se, em verdade, de um **ATO VINCULADO** do agente público, ou seja, a que o Ilmo. Presidente estaria obrigado a seguir!

O artigo 53 da **Lei n. 9.784/99 (Lei que regula o Processo Administrativo)**, por sua vez, preceitua o seguinte:

*Art. 53. A Administração **deve anular** seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e **pode revogá-los** por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

Note-se agora que o legislador cuidou da **NECESSÁRIA ANULAÇÃO dos atos legalmente viciados**, em contrapartida de uma **POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO/CONVALIDAÇÃO** dos atos sanáveis.

In casu, a irresignação desta Recorrente enquadra-se no primeiro evento, uma vez que houve um verdadeiro 'atropelo' do procedimento previsto tanto na legislação específica quanto constitucional, vez que o direito ao duplo grau de jurisdição fora mitigado, sendo evidente o cerceamento de defesa sofrido.

E é neste sentido que trilha a jurisprudência pátria, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MINISTRO DE ESTADO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. INTERPOSIÇÃO, NA VIA ADMINISTRATIVA, DE RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. RECEBIMENTO COMO REVISÃO. ILEGALIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO IMPETRANTE. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O direito de ampla defesa e do contraditório ao impetrante restou

cerceado, porquanto seu recurso hierárquico, com pedido de reconsideração, não foi submetido ao agente superior e foi recebido como revisão. 2. O recurso administrativo hierárquico, independentemente da denominação conferida pelo administrado, deve ser submetido à autoridade hierarquicamente superior, caso o agente ou órgão prolator da decisão ou ato impugnado não o reconsidere. Na espécie, o fundamento de que o processo administrativo disciplinar se rege pela Lei n. 8.112/90 e apenas subsidiariamente pela Lei n. 9.784/99 não exclui a possibilidade e o direito do interessado de ter seu recurso examinado pelo agente superior, já que o recurso administrativo hierárquico independe de previsão legal. Assim, é irrelevante o fato de o recurso hierárquico não estar previsto na legislação especial, qual seja, a Lei n. 8.112/90. De qualquer forma, o referido diploma legal contempla a possibilidade de recorrer à autoridade hierarquicamente superior, no capítulo destinado ao direito de petição, assegurado aos servidores públicos, em processo administrativo disciplinar (arts. 104/115), denominando-se simplesmente de recurso. 3. Imperioso asseverar, ainda, que a previsão, na Lei n. 8.112/90, do pedido de revisão não possui o condão de excluir, em razão de alegada especialidade, o recurso administrativo hierárquico, já que os dois recursos não se confundem. Com efeito, o pedido de revisão possui requisitos mais específicos que o hierárquico e é analisado pela autoridade que praticou o ato impugnado. Sobreleva notar que o recebimento de um recurso no lugar do outro não pode ser realizado com vista a prejudicar a situação do administrado, nem cercear seu direito de defesa. 4. Segurança concedida, diante do cerceamento do direito de defesa do impetrante, para determinar à autoridade impetrada que encaminhe os recursos administrativos hierárquicos do impetrante ao Presidente da República, para que este os examine como entender de direito (STJ - MS: 10254 DF 2006/0181771-6, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 22/03/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 03.04.2009 p. 215)

Ademais, é fato que a Comissão de Licitação pode exercer juízo de retratação e admitir que os recursos eram procedentes. Todavia tal decisão deve ser fundamentada (motivação), o que não ocorreu.

A imprescindibilidade da motivação, de igual forma, encontra lastro na legislação específica, qual seja, no artigo 50 da Lei n. 9.784/99, que reza o seguinte:

*Art. 50. Os atos administrativos **deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:***

*V - **decidam recursos administrativos;***

Da simples análise do processo licitatório vê-se que a Comissão simplesmente profere nova tabela contendo a classificação das propostas técnicas, sem fazer qualquer referência a qual recurso deu provimento, e sem dar notícia se remeteu os recursos para a autoridade superior.

Houve um verdadeiro atropelamento dos atos procedimentais, que sem sombra de dúvida, geram a nulidade do procedimento.

Pois bem, não se sabe o que de fato ocorreu, mas outra planilha de classificação foi publicada.

Dessa “decisão” é evidente que caberia recurso, já que não houve o encaminhamento dos “apelos” a autoridade superior.

Mas o que ocorreu? Novo atropelo, a CPL designou abertura das propostas comerciais para o dia útil seguinte, sem abrir prazo para recursos ou impugnações, violando mais uma vez o **artigo 109, agora em seu parágrafo §2º** da Lei de Licitações, que preceitua da seguinte forma, *verbis*:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;*
- b) julgamento das propostas;*

§ 2o O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Ora, é evidente que jamais poderia a CPL dar sequencia ao procedimento licitatório sem devida a abertura de prazo recursal.

E mais, onde está a motivação do ato?

Não se admite que a decisão administrativa se faça de forma imotivada, pois fere de morte os princípios do art. 37, caput somados aos do art. 5º, LV, todos da CF/88, os quais exigem que as decisões administrativas sejam motivadas, fundamentadas, com indicação específica do que lastreou o posicionamento, informando porque rejeitou ou acolheu determinado pleito.

Ademais, retratar-se e alterar a decisão anterior significa proferir nova decisão.

Reputar que a nova decisão está imune ao ataque recursal e atropelar o procedimento é, no mínimo, inconstitucional!

Necessário assegurar a todos os interessados o direito e garantia constitucional de ampla defesa e contraditório, o que não foi observado.

A retratação da CPL não tem o condão de impedir o acesso dos licitantes à autoridade superior, é óbvio que o prazo recursal deveria ser restabelecido para os

que se sentiram prejudicados com a nova decisão pudessem promover seus recursos e que estes fossem apreciados pela autoridade superior.

Não se pode admitir o ocorrido, que a CPL acolha esse ou aquele recurso e não encaminhe os demais para a autoridade superior, já que esta tem o dever **legal** de manifestar-se a cerca dos recursos interpostos, dando ou não provimento a estes.

Tal fato não ocorreu, ferindo inclusive orientação do TCU, Acórdão 1.788/2003 – Plenário, que reputou que a CMP ao produzir juízo de retratação, deve encaminhar o recurso à apreciação da autoridade superior de ofício.

Logo, a Recorrente, entendendo ser ilegal o ato administrativo, já que não observado o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, consistente na abertura do prazo recursal previsto no art. 109, I, “a”, da Lei nº 8.666/93, **move o presente recurso com o fim de suspender a prática de qualquer ato no processo licitatório, em especial a adjudicação do objeto.**

Essa autoridade superior - por questão de ordem, deve determinar a nulidade do procedimento e restabelecer os prazos recursais para a recorrente.

Efetivamente, não foi oportunizada ao recorrente a interposição de recurso da decisão que julgou as propostas técnicas no certame.

Ora, claro está que, aqui, houve infringência ao princípio da ampla defesa. Para HELY LOPES MEIRELLES (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 19ª ed., p. 590), “*por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos*

cabíveis". O direito de defesa significa, em essência, "o direito à adequada resistência às pretensões adversárias" (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, in Teoria Geral do Processo, 11ª ed., p. 84). E a Constituição Federal assegura a todos os litigantes e em todos os processos administrativos o direito ao recurso (art. 5º, 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").

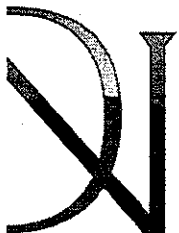
Desta forma, requer seja acolhida a preliminar suscitada e declarado nulos os atos praticados pela CPL após o julgamento dos recursos da decisão de avaliação das propostas técnicas, seja porque não observou o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, seja porque proferiu decisão sem fundamentação, sem motivação, o que é vedado constitucionalmente.

2. DA NÃO COMPROVAÇÃO DE EXEQUIBILIDADE – ausência de documentos hábeis a comprovar a possibilidade de execução da proposta – ônus da licitante – desclassificação necessária

A sociedade declarada vencedora por esta Comissão, não logrou em comprovar a viabilidade e possibilidade da proposta lançada. Muito pelo contrário, não há nada que ampare a viabilidade da proposta.

Tal afirmação serve também para a segunda colocada.

O licitante deve provar a exequibilidade da proposta e a CPL não pode e nem deve convalidar um preço **manifestamente impraticável, ínfimo, em desconformidade com a realidade.**



A CPL se omitiu e não exigiu comprovação de viabilidade das propostas por parte das classificadas, mormente primeira e segunda colocadas.

Deve-se exigir a apresentação de documentos capazes de comprovar a condição de adimplemento contratual, uma vez que tais licitantes desconhecem a realidade do contrato, não estando aptas a execução dos trabalhos objeto da licitação.

Válido lembrar que uma coisa é a sociedade já possuir estrutura física, de pessoal, e financeira para executar um contrato. Outra coisa é uma sociedade que não possui tais características iniciar a execução deste contrato.

O custo de execução é completamente diferente, sendo que o contrato será penoso para a sociedade.

A proposta lançada pela primeira e segunda colocadas **estão muito abaixo do limite orçado pela DESO** e deveria ser desclassificada por **inexequibilidade contratual**, justamente por não comprovar que teria efetivamente condição de cumprir o contrato.

Este é o entendimento da doutrina e jurisprudência dominantes, conforme entendimento de Marçal Justen Filho, para corroborar com as razões expostas, tem-se que o atual entendimento do citado doutrinador é no seguinte sentido, *ipsis verbis*:

"Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexeqüibilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pela licitante, ainda que seu valor seja deficitário. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja – o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou. A formulação desse