

**ILUSTRÍSSIMO SR. DR. DANIEL CARLOS ARAGÃO MELO SANTOS - PRESIDENTE
DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA DE SANEAMENTO
DE SERGIPE - DESO**

Ref.: LICITAÇÃO CONCORRÊNCIA Nº 010/2018 - DESO.

OBJETO: Ampliação das obras do sistema integrado da Adutora do Piauitinga - Captação, estação elevatória de água bruta (EAB-3 e EAB-4), estação elevatória de água tratada (EAT-15), estação de tratamento de água (ETA-3), reservação e estação de tratamento de água de Lagarto/SE.

HECA COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA, sociedade empresária, inscrita no CNPJ/MF nº 13.173.885/0001-72, com sede na Rua Filemon Franco Freire, nº 270, Bairro Ponto Novo, Aracaju/SE, CEP 49047-180, vem oportuno tempore, por meio de seu representante legal, com supedâneo no Art. 109, Inciso I, alínea "a" da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e suas atualizações, c/c o Capítulo XII, subitem 12.1, alínea "a" do Edital de Licitação de Concorrência nº 010/2018 - DESO, à insigne presença de Vossa Senhoria, interpor o presente,

RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO

Em face da decisão desta Douta Comissão de Licitação que julgou e declarou **INABILITADA** a Recorrente acima identificada no processo licitatório em epigrafe.

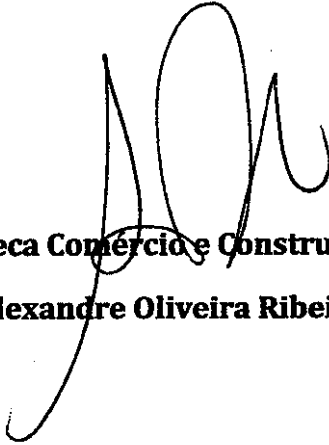
Como motivo de sua insatisfação, a recorrente aduz as razões fático-jurídicas minudenciadas no arrazoado anexo requerendo, a vossa análise, a fim de que esta Douta Comissão de Licitação, *exerça o juízo de retratação* na forma ali requerida.

Caso não seja reconsiderada daquela decisão, seja o presente recurso remetido à apreciação da Autoridade Superior para a devida análise, como medida de justiça e de preservação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da insignificância e dos que são correlatos.

Termos em que pede deferimento.



Aracaju (SE), 20 de junho de 2018.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'A' followed by a series of loops and a final flourish.

Heca Comércio e Construções Ltda
Alexandre Oliveira Ribeiro Prado

RAZÕES DO RECURSO

I - DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Côncios de que a intimação do ato ora impugnado ocorreu no dia **14/06/2018**, quinta-feira, o prazo de 05 (cinco) dias úteis por força do dispositivo contido no Inciso I, do Art. 109 da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e suas atualizações, c/c o Capítulo XII, subitem 12.1, do Edital de Licitação de Concorrência nº 010/2018 - DESO, operou-se o início do prazo legal a partir da sexta-feira, dia 15 de junho *e seu término dar-se-á na quinta-feira, dia 21 de junho de 2018.*

Eis, portanto, a tempestividade deste petitório recursal.

II - DO BREVIÁRIO DOS FATOS

Conforme se depreende da CI nº 51/2018 da lavra do Engº Aron Setton Filho que apresenta a "Análise da Concorrência nº 10/2018 - Quanto à Qualificação Técnica" a recorrente não atendeu ao item 8.5.1, alínea "e" do Edital, e por isso foi considerada inabilitada para prosseguir no certame licitatório de Concorrência nº 010/2018.

Essa decisão fora corroborada por essa Douta Comissão, em comunicado feito às empresas licitantes ao fazer publicar na página do processo licitatório em epigrafe no sítio dessa Companhia em 14/06/2018.

Assim sendo, da análise feita por essa Douta Comissão que será combatida pelo presente Recurso, resultou na **INABILITAÇÃO** da licitante **recorrente**, no processo licitatório em epigrafe.

Eis, em apertada síntese a contextualização fática.

Ocorre, todavia, que essa **INABILITAÇÃO**, data vênua, não deve prosperar, na medida em que, a despeito de toda a competência dessa Douta Comissão Permanente de Licitação, traduz-se em grave equívoco à luz da principiologia instrutora dos processos licitatórios, mormente no tocante aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade no julgamento dos documentos de habilitação apresentados pela recorrente.

Eis o que se demonstrará doravante.



III - DA ANÁLISE PRELIMINAR

Conforme relatado por essa Douta Comissão, a recorrente fora considerada **INABILITADA** com fulcro no item ao item 8.5.1. alínea "e" do Edital de Concorrência nº 010/2018, ao não apresentar declaração ali solicitada. ...

Para que possamos ter a exata compreensão do que efetivamente está sendo solicitado, o transcreveremos na íntegra:

"Declaração de que na hipótese de vencedora da presente licitação, está obrigada a possuir em seu quadro permanente, na data da assinatura do contrato, a equipe técnica no mínimo composta dos profissionais relacionados na alínea "c" bem como, de que se obriga a mantê-los durante toda a vigência do contrato e que em caso de substituição deverá ser solicitada a anuência da DESO"

Analisando o objetivo finalístico da Administração ao fazer constar essa solicitação, constata-se que ela tem o fito de assegurar à Administração o compromisso firmado pela eventual vencedora do Processo Licitatório em comento de que na data da assinatura do contrato, essa, apresentará sua equipe técnica composta de no mínimo dos profissionais relacionados nessa fase de habilitação.

Assim sendo, por ser uma condição futura, incerta e porquanto eventual, desde já e de forma tempestiva a Recorrente declara que:

Na hipótese de sagrar-se vencedora da presente licitação, possuirá em seu quadro permanente, na data da assinatura do contrato, a equipe técnica no mínimo composta dos profissionais que compõem sua equipe técnica devidamente relacionados em seus documentos de habilitação, bem como, de que se obriga a mantê-los durante toda a vigência do contrato e que em caso de substituição deverá ser solicitada a anuência da DESO".

Insta ressaltar ainda, que dentre os documentos apresentados pela recorrente para a sua habilitação, consta a **DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DA EQUIPE TÉCNICA (fl. 003112)** que supre assegurar o objetivo finalístico objeto da solicitação contida no item 8.5.1. alínea "e" do Edital, uma vez que o seu conteúdo interpretativo é idêntico ao modelo sugerido pelo Edital. Vejamos:

"A HECA ... DECLARA para os devidos fins, que colocará à disposição a equipe técnica especializada e adequada ao porte e cronograma físico da obra, relacionada anteriormente, para a execução da obra objeto da licitação em epígrafe"

Ora, ao declarar "equipe técnica relacionada anteriormente", é obvio que está se referindo à equipe técnica apresentada para atender ao disposto no item 8.5.1. alínea

“d” que é exatamente essa garantia que busca a Administração na declaração solicitada na alínea “e” do supracitado item.

Em razão dessa condição, a recorrente, desde já se coloca à disposição dessa Douta Comissão para eventuais diligências que entender necessárias à verificação do documento ora referendado, que supri aquele solicitado no item 8.5.1. alínea “e” do Edital de Concorrência nº 010/2018.

IV – DOS PRINCÍPIOS QUE DEVEM NORTEAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDUÇÃO DE UM CERTAME LICITATÓRIO

Cumpre lembrar que o atual estágio evolutivo da hermenêutica jurídica não mais coaduna com uma postura extremamente formalista por parte do Administrador Público, devendo este pautar-se por uma noção mais complexa e sistêmica do direito, ou seja, por uma noção de juridicidade, superando-se, desse modo, a concepção de legalidade estrita.

Não se pode esquecer que a lei não é um fim em si mesma ou em sua mera literalidade, de forma desapegada a qualquer razoabilidade que norteie o atendimento e a consecução de uma finalidade maior. É nesse sentido lição de MARÇAL JUSTEN FILHO¹, in verbis:

Vale dizer, as normas jurídicas não se confundem com a letra da lei.

(...)

A lei não é elaborada para bastar-se em si mesma, tal como se os fins do Direito fossem menos relevantes do que as palavras do legislador. Como ensinou Engisch, ‘não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei’

Nesse passo, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (...). O princípio da regra da razão se expressa em ‘procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária de segurança, temperada pela justiça, que é a base do direito.

Partindo-se da compreensão de que o objetivo maior do procedimento licitatório é a consecução do interesse público aliada à observância dos primados da isonomia e igualdade de tratamento e condições entre os participantes, há que se conferir uma interpretação finalística e legitimadora ao texto insculpido na Lei Federal nº 8.666/93 e consequentemente no Edital de Concorrência nº 010/2018 – DESO.

¹ In curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 106.

A inclusão posterior de documentos por parte da própria autoridade condutora do certame licitatório deverá ser admitida desde que seja necessária para **comprovar a existência de fatos existentes à época da licitação**, concernentes à proposta de preços ou habilitação dos participantes, porém não documentados nos autos.

Em outras palavras, não está o §3º, art. 43, da Lei nº 8.666/93, em sua parte final, vedando toda e qualquer possibilidade de juntada posterior de documento. O que dali se entende, dentro de uma visão consentânea com o interesse público e com a finalidade da contratação, é que não será permitida apenas a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação deu-se após a realização da sessão de licitação. Aí sim haveria burla ao procedimento e quebra do princípio da isonomia e igualdade de tratamento.

Assim, caso a diligência promovida pela Comissão de Licitação resulte na produção de documento que materialize uma situação já existente ao tempo da sessão de apresentação dos envelopes, não há que se falar em ilegalidade ou irregularidade.

Trata-se, assim, de um juízo de verdade real em detrimento do pensamento dogmático segundo o qual o que importa é se o licitante apresentou os documentos adequadamente, subtraindo-se o fato desse mesmo licitante reunir ou não as condições de contratar com a Administração ao tempo da realização do certame.

Com efeito, o Poder Judiciário se inclina em reconhecer que o procedimento licitatório não deve ser pautado num formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade e equipare-o a uma gincana, na qual interessa apenas o cumprimento da etapa definida, indiferentemente de sua razão de ser. Nesse sentido, citam-se as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça².

Eis julgados do Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema:

"Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador. (STJ - RMS 200000625558, rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 18/03/2002, p. 174)

E também:

"Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é "absoluto", de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em

² (STF - RMS 23.714, rel. Min. Sélveda pertence, j. em 05.09.2000, publicado no DJ de 18.10.2000, p. 21)

conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. (STJ - MS 1997008660931, rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 01/06/1998, p. 24). (grifamos)

Cumpre, ainda, consignar que no próprio Tribunal de Contas da União, é farta a jurisprudência TCU no sentido de relevar falhas e impropriedades formais dessa natureza. Tal tem sido o entendimento do Tribunal, em diversas assentadas, no sentido de que **'não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes'** (Decisão nº 178/96 - Plenário, Ata nº 14/96, Decisão nº 367/95 - Plenário - Ata nº 35/95, Decisão nº 681/2000 - Plenário, Ata nº 33/2000 e Decisão nº 17/2001 - Plenário, Ata nº 02/2001). (grifamos)

Sem sombra de dúvida, o crescimento da produção intelectual consubstanciada nos trabalhos especializados, a evolução da jurisprudência dos Tribunais pátrios e das Cortes de Contas e, principalmente, o trabalho de conscientização das Comissões de Licitação promoverá um inexorável avanço hermenêutico tendente a relativizar a ideia hodiernamente persistente que preconiza o caráter absoluto da vinculação da Administração Pública à literalidade dos textos legais.

O ponto central da questão posta em debate diz respeito à decisão da inabilitação da recorrente por não apresentar uma declaração de utilidade incerta - uma vez que a recorrente pode não vir a apresentar a proposta mais vantajosa - e nos estritos moldes daquela descrita no Edital - uma vez que a recorrente apresentou uma declaração com conteúdo interpretativo idêntico ao modelo sugerido pelo Edital que supri aquela que fora exigida.

Como sabemos a licitação não é um fim em si mesmo, isto porque o procedimento licitatório, embora de natureza formal - ex vi do parágrafo único do art. 4º do indigitado diploma legal - deve superar e transcender o burocratismo exacerbado e inútil, até porque o procedimento deve estar voltado para a eficácia da máquina administrativa, e orientado pelos princípios consignados no art. 37 da Carta Magna - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Trazemos a colação o seguinte magistério do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 20ª Ed., p. 248:

"Procedimento formal, entretanto, não se confunde com 'formalismo', que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas, desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração e aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes - 'pas de nullité sans grief', como dizem os franceses." (grifamos)

Geralmente a prática desse rigorismo provoca uma diminuição considerável de ofertantes. Se por um lado busca-se a proteção ao interesse público, não se pode, por outro, infringir princípios da licitação que inviabilizem um maior recebimento de propostas de empresas sérias e comprometidas com a execução do contrato.

Em certo julgado³ o STJ afirmou ter entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de se temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais vantajosa à Administração Pública, caso não se verifique a violação substancial aos demais princípios informadores deste procedimento.

Segundo Adilson Abreu Dallari, "existem várias manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, nas fases de habilitação e proposta comercial, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade dessas fases, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade condições de executar o contrato.

A formalidade tem limite e nesse sentido, também, já decidiu o TCU⁴:

"(...) o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais"

O certo é que todo rigorismo formal extremo e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º).

Entende-se que o fim precípua da licitação é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, há de se entender que o ato de exclusão de um concorrente acabou por contrariar tal intuito, em prol de um excessivo formalismo.

Relativamente ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é certo que tal princípio não é absoluto, na medida em que pode o Judiciário interpretar-lhe de acordo com o precípua fim do procedimento licitatório, evitando rigorismos formais que não encontram conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa, e que podem afastar da concorrência possíveis proponentes.

Não podemos nos esquecer, por outro lado, que o formalismo constitui princípio inerente a todo procedimento licitatório; no entanto, a rigidez do procedimento não pode ser excessiva a ponto de prejudicar o interesse público.

Oportuna, aqui, a doutrina do festejado Hely Lopes Meirelles[7]:

³ REsp 997.259/RS, julgado em 17/08/2010.

⁴ TCU, 004809/1999-8, DOU 8/11/99, p.50, e BLC nº 4,2000, p. 203.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized loop followed by a vertical stroke and a small hook at the bottom.

"A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, por um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se aqui a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstante com o caráter competitivo da licitação".

Assim é que se espera que as Comissões de Licitações estejam cada vez mais preparadas para analisar cada caso e diagnosticar quando de fato há excesso de rigor e quando o rigor exigido é necessário para a efetiva execução do serviço ou obra licitados.

O objeto primordial da licitação é o de proporcionar a oportunidade de participação ao maior número de interessados.

Como visto, o excesso de formalismo, com efeito, não deve permear as ações dos agentes públicos na execução das licitações. A doutrina e a jurisprudência repudiam o rigorismo formal e homenageiam as decisões administrativas que, a bem dos demais princípios regentes da Administração Pública, afastam a inabilitação e a desclassificação de concorrentes por fatos irrelevantes, que não afetam a objetividade e a efetividade de suas propostas perante o Poder Público e nem os põem em posição vantajosa em relação aos demais participantes.

Nesse momento, a atividade dessa Douta Comissão de Licitação deve ser instruída pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da rejeição ao excesso de formalismo, além de outros igualmente relevantes; tudo dentro da pauta da Lei, mas sempre objetivo de ampliar ao máximo o espectro de concorrentes capazes de contratar com a Administração.

Data vênua, a decisão prolatada por essa Douta Comissão não deve prosperar, na medida em que, a despeito de toda a competência dessa Douta Comissão Permanente de Licitação, traduz-se em grave equívoco uma vez que entendemos não ser razoável, ser desproporcional, inabilitar a recorrente por apresentar uma declaração distinta daquela sugerida no Edital, porém com conteúdo interpretativo idêntico.

Soma-se a isso, o fato da real utilidade dessa declaração, uma vez que se trata de uma declaração somente útil numa condição futura, incerta e porquanto eventual – somente terá utilidade para o caso da recorrente vir a ser consagrada vencedora do certame licitatório e celebrar contrato com a DESO. Sem contar com o fato da Administração poder exigir a apresentação da referida declaração no exato momento da contratação, sem qualquer prejuízo para a mesma.

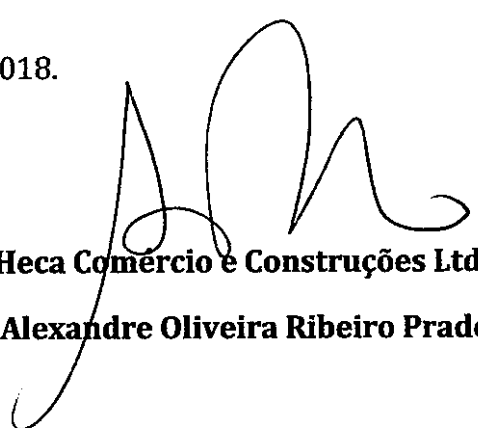
VII – DO REQUERIMENTO RECURSAL

A handwritten signature in dark ink, consisting of a large, stylized initial 'M' followed by a series of loops and a final vertical stroke.

Ante todo o exposto, forte nas considerações alhures explicitadas, roga-se pelo provimento do recurso, para o fim de RECONSIDERAR e consequentemente REFORMAR a decisão proferida por essa Douta Comissão Permanente de Licitação, que considerou **INABILITADA** a recorrente **HECA COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA**, para ao fim, considera-la **HABILITADA** a seguir nas fases subsequentes do Processo do Certame Licitatório do Edital de Concorrência Pública Nacional nº 010/2018 – DESO, que objetiva a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração de Ampliação das obras do sistema integrado da Adutora do Piauítinga – Captação, estação elevatória de água bruta (EAB-3 e EAB-4), estação elevatória de água tratada (EAT-15), estação de tratamento de água (ETA-3), reservação e estação de tratamento de água de Lagarto/SE.

Termos em que pede e espera deferimento.

Aracaju, 20 de junho de 2018.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'A' followed by a series of loops and a long horizontal stroke at the end.

Heca Comércio e Construções Ltda
Alexandre Oliveira Ribeiro Prado