

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DO SERVIÇO AUTÔNOMO DE
ÁGUA E ESGOTO DA CIDADE DE SOROCABA/SP



PREGÃO ELETRÔNICO Nº 21/2021
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 354/2021

OBJETO: PREGÃO ELETRÔNICO DESTINADO À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO PREDIAL, PELO TIPO MENOR PREÇO, CONFORME PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 354/2021 – SAAE

A empresa GOLDEN SERVIÇOS E EMPREENDIMENTOS TÉCNICOS LTDA, vem respeitosamente à presença de Vossas Senhorias, por seu representante constituído, na forma da Legislação Vigente e de acordo com o Edital de Licitação, apresentar **CONTRARRAZOES AO RECURSO ADMINISTRATIVO** apresentado pela a empresa **BSR TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS**, por não atender os dispostos no edital, o que faz pelos fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos:

DOS PRESSUPOSTOS

A interposição do presente recurso é tempestiva, considerando o prazo de 03 (três) dias úteis para apresentar recurso.

A empresa recorrente não venceu o certame o que, per si, evidencia o interesse recursal.

A peça de irresignação é proposta por empresa credenciada e participante do certame, o que atesta a sua legitimidade.

Presentes, portanto, os pressupostos recursais.

DA REALIDADE DOS FATOS

A empresa recorrida **NÃO** preencheu os requisitos editalícios, esta atribui uma interpretação divergente do *item 9.4.a): Fazer prova de possuir capital social registrado ou patrimônio líquido não inferior a 8% (oito por cento) do valor estimado para 12 (doze) meses, comprovado através da apresentação da cópia do certificado de registro cadastral, contrato social ou alteração contratual devidamente registrado na Junta Comercial ou cartório de registro civil de pessoas jurídicas ou apresentação do balanço.*”

O valor estimado desta licitação é de R\$ 7.427.678,19 para 24 meses, logo para 12 meses temos o valor de R\$ 3.713.839,09 (três milhões setecentos e treze mil oitocentos e trinta e nove reais e nove centavos) e para atender o item 9.4.a) a empresa deveria possuir pelo menos R\$ 297.107,12 (duzentos e noventa e sete mil cento e sete reais e doze

centavos), conforme contrato social, a empresa não cumpriu o disposto, devendo ser mantida sua desclassificação.



PE212021_4_compressed.pdf - Adobe Acrobat Reader DC (32-bit)

Arquivo Editar Visualizar Assinar Janela Ajuda

Início Ferramentas PE212021_4_comp... x

15 / 328 100%

O prazo de duração será por tempo indeterminado, extinguindo-se por vontade unânime dos sócios e nos casos previstos em Lei. (artigo 997, II, CC 2002).

CAPÍTULO II – Do Capital Social

Cláusula Quinta

O capital social é de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), divididos em 250.000 (duzentas e cinquenta mil) quotas, todas com direito a voto no valor nominal e unitário de R\$ 1,00 (um real) cada uma, totalmente integralizadas, neste ato, em moeda corrente do país, assim distribuído entre os sócios:

| Sócios | % | Quotas | Valor R\$ |
|--------------------------------------|--------|---------|------------|
| Francisco da Cruz D. Vieira da Cunha | 91 | 227.500 | 227.500,00 |
| Bruno Rossi | 9 | 22.500 | 22.500,00 |
| Total | 100,00 | 250.000 | 250.000,00 |

Parágrafo Primeiro: A responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas cotas sociais, mas todos respondem solidariamente pela integralização do Capital Social, bem como por atos praticados em infração à lei ou com excesso de mandato relativamente à Sociedade, consoante o estatuído no art.1052, do novo Código Civil - Lei 10.406/02.

Parágrafo Segundo: Os sócios não responderão subsidiariamente pelas obrigações sociais, em atenção ao artigo 1.054 c/c o Artigo 997, VIII, da referida Lei 10.406/02.

CAPÍTULO III – Da cessão e transferência de quotas sociais e retirada de sócio.

Cláusula Sexta

Página 3 de 11

DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL (PRINCÍPIO DA LEGALIDADE)

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade e da objetividade das determinações habilitatórias. Impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no Edital de forma objetiva, mas sempre velando pelo princípio da competitividade.




Deve-se interpretar os preceitos do ato convocatório em conformidade com as leis e a Constituição. Afinal, é ato concretizador e de hierarquia inferior a essas. Antes de observar o Edital e condicionarse a ele, os licitantes devem verificar a sua legalidade, legitimidade e constitucionalidade. Alocamos o Edital como derradeiro instrumento normativo da licitação, pois regramenta as condições específicas de um dado certame, afinando a Constituição, as leis, e atos normativos outros infralegais. Porém, não poderá contraditá-los. Afinal, o Edital, diríamos, antes da execução contratual, seria o derradeiro ato de substancialização da Constituição e das Leis.

Destacamos o seguinte: o Edital do certame não pode ir de encontro com as leis que tratam do mesmo assunto em virtude da hierarquia existente. Deve tratar tão somente de coisas específicas relativas ao certame. Deve, ainda, haver total intersecção com as normas de hierarquia superior. Não pode tratar, portanto, de assuntos que imponham obrigações e deveres não constantes nas leis em virtude do inciso II do art. 5º da Constituição Federal.

Os Editais também não podem tratar de forma distinta a atividade econômica legalmente regulamentada. A empresa, como atividade econômica, possui regras, e tais não podem ser interpretadas ou tratadas de forma distinta pelo Edital. Referido princípio impõe à Administração não aceitar qualquer proposta que não se enquadre nas exigências do ato convocatório, desde que tais exigências tenham total relação ou nexos com o objeto da licitação, bem como com a lei e a Constituição. Vejamos que esta é essência do princípio.

Dessa maneira é princípio que vincula tanto a Administração quanto os interessados, desde que, como salientado, as regras editalícias estejam em conformidade com a lei e a Constituição. Conforme o art. 3º da Lei nº



8.666/93, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Apesar da vinculação do licitante ao Edital, verificamos que, decorrente do princípio da legalidade, a vinculação ao instrumento é uma regra que tem mais imposição à própria Administração, em vista de ser um ato criado praticamente de forma unilateral por esta. Significa que as regras estipuladas no edital que infrinjam direitos dos interessados deverão ser rechaçadas. Se tais regras obrigarem tão somente a Administração, esta deverá observá-las de forma estrita, pois não poderá alegar ou voltar a norma em benefício próprio decorrente da própria torpeza, pois criou-a de forma unilateral.

Qualquer erro que favoreça, por exemplo, o licitante, a Administração não poderá, opinativamente, argumentar efeitos retroativos, haja vista a boa-fé e a culpa única e exclusiva da Administração. Quando se elabora erroneamente um ato convocatório que, em princípio, favoreça a empresa contratada, a Administração terá o poder de autotutela para corrigir o erro, mas não poderá prejudicar o contratado ou licitante, argumentando, por exemplo, enriquecimento, pois as regras foram estabelecidas pela Administração, e a licitante ou contratada não poderá pagar pelo erro administrativo. Obviamente que o erro antieconômico poderá ser sanado, mas com efeito ex nunc, ou seja, a partir de então ou a partir da retificação.

Quando se falar em vinculação ao instrumento convocatório, há uma regra de obrigatoriedade para que a autoridade não omita regras e condições impostas para a participação e execução do contrato. Assim, o Edital desce às minúcias, não podendo ser abstrato a ponto de haver interpretações dúbias. No caso concreto é que se analisará a possibilidade de algum juízo valorativo quanto à forma de prestação de dado serviço, por exemplo. Determinadas mudanças, quando o fim é atingido, poderão estar protegidas pela instrumentalidade das formas, desde que a boa-fé e a ausência de prejuízo para as partes estejam presentes.

Evidenciamos: qualquer quebra do nexo de relação entre o Edital e suas exigências, o objeto da licitação e a execução dos serviços ou aquisição de bens, ensejará a desvinculação ao ato convocatório. Logo, haverá quebra de referido princípio. Precisamos ressaltar que, quando as exigências do ato convocatório forem ilegais, desproporcionais, inconstitucionais, enfim, passíveis de nulidade, a Administração e o licitante não estão obrigados a cumpri-las.

Sob o aspecto do licitante, quando houver vantagem desproporcional para esse, a Administração anulará a cláusula ou condição com efeito ex nunc. Erro crasso da autoridade, comissão ou pregoeiro, é a desclassificação de licitante sem base no instrumento convocatório, por exemplo, desclassificação de licitante argumentando ausência de qualificação técnica não exigida no ato convocatório. Importante, assim, a observância dos critérios de julgamento. O ato convocatório legal e constitucional dificilmente será objeto de qualquer tipo de instrumento de impugnação. Logo, é possível a publicação de Edital destituído de vícios insanáveis. Para isso, a legalidade, a razoabilidade, além do bom senso devem se fazer presentes.

O principal artigo da norma geral de licitação referente à vinculação ao ato convocatório é o art. 41. A Administração não pode descumprir as

normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. O § 4º do art. 41 da Lei nº 8.666/93 é muito incisivo e inquisitivo. A inabilitação irregular, por exemplo, não poderia gerar ou importar na preclusão do direito de participar das fases subsequentes. No pregão eletrônico, por exemplo, a inabilitação gera um efeito quase irreversível para o empresário licitante. Imaginemos um licitante que tenha ofertado o melhor lance, tenha disponibilizado todos os documentos indispensáveis para a execução do contrato (documentos de habilitação e qualificação técnica) e que efetivamente teria condições de executar o objeto. Imaginemos a sua inabilitação destituída de razoável fundamentação, ou mesmo edital que seja tendencioso, que exija qualificação técnica que somente uma ou poucas empresas possuam. Inabilitada a empresa, e precluído o seu direito, pela ordem de classificação logo outra empresa será chamada, apresentará a documentação conforme e erroneamente exigida pelo Edital e será adjudicada no objeto. Em pouco tempo estará assinando o contrato. Enquanto isso, os recursos administrativos, em tese, de nada valem, em vista de se ter arraigados na concepção do órgão determinados posicionamentos. Raramente o superior hierárquico a que foi dirigido o recurso administrativo fará nova fundamentação para reverter a situação do licitante. Quando este propõe ação judicial, dificilmente se concede liminar e no julgamento do mérito argumentam que o erro teria um nível inferior ao prejuízo que poderá ser ocasionado à administração se se conceder, por exemplo, o Mandado de Segurança, por meio do qual se pleiteia a adjudicação do objeto por empresa que tivesse direito líquido e certo, pois teria apresentado todos os documentos que deveriam se exigidos para a execução do objeto contratual. Além disso, não podemos esquecer que tais empresas, na maioria das vezes, possuem os mesmos contratos com outros órgãos da administração, às vezes, da mesma esfera política, que não exigiram determinada qualificação, dispensável para a execução do serviço ou venda de bens.

Assim, não somos a favor de posicionamento que diz que nem mesmo o vício do edital justificaria pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Ora, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que seja contrário à lei, à Constituição e à razoabilidade (nesse caso, deve-se questionar).

Não podemos elevar o Edital ao posto de norma suprema da licitação. A norma suprema da licitação é a Constituição Federal, que possui preceitos e princípios de observância obrigatória a todas as pessoas, órgãos e entidades públicas. Assim, acreditamos que a autoridade competente pode extirpar exigência ilegal e desproporcional constantes nos atos convocatórios, de ofício ou mesmo em resposta aos pedidos de esclarecimento ou impugnações, com base no poder de autotutela. Caso não o faça de ofício poderá o interessado provocar o reparo (§ 1º do art. 41). Não concordamos com a redação do § 2º do art. 41. A decadência do direito à impugnação do edital no prazo estipulado é regra limitativa do direito subjetivo ao devido procedimento licitatório. Explicamos. Em regra, os empresários não dão a importância devida ao corpo jurídico e se garantem tão somente na pessoa que ficará encarregada de preparar, organizar, estar à frente da disputa no certame. No pregão, é o pregoeiro do fornecedor. Muitas regras editalícias podem ensejar a restrição da competitividade ou mesmo o direcionamento doloso. A quebra de tais princípios não pode sofrer a punição decadencial.

Por isso, importante a análise minuciosa do Edital pelo empresário. Absurdo o entendimento de que qualquer vício deve ser objeto de imediato protesto (se ele for oculto ou obscuro, passando despercebido?) sob pena de constituir obstáculo a questionamento posterior. Não há lógica jurídica aceitar cláusulas editalícias que firam a Constituição e seus princípios, sob o argumento do cumprimento da vinculação ao instrumento convocatório. Atos dessa natureza são nulos. Não podem sofrer a restrição da decadência, ainda

que ninguém os alegue, em princípio. É questão de direito e não de fato. Tal vício macula o certame desde do início. Correta a posição de Marçal Justen Filho ao prescrever que a ausência de questionamento ou de impugnação não elimina a nulidade. Não vemos a possibilidade de convalidação de vícios que firam os princípios estruturantes da licitação. Não podemos taxá-los de sanáveis. Não haveria, em princípio, vício anulável em se tratando de burla aos princípios básicos estruturantes da Administração e do Direito Licitatório.

A vinculação ao instrumento convocatório só possui efeitos quando tal instrumento tiver respaldo legal e constitucional. As Consultorias Jurídicas exercem importante papel nessa seara tecendo pareceres com ponderações e retificações (parágrafo único do art. 38 da Lei Geral de Licitação). Porém, se voltam à proteção jurídica da Administração. Significa que, como advogados, obviamente tendem à tutela do interesse da Administração. O interessado deve ater-se ao valor substancial e determinante da regra prescrita no edital. Às vezes, um mero item poderá ensejar a nulidade de todo ato convocatório. Um único item é capaz de burlar todos os princípios assecuratórios do devido processo licitatório. Presenciamos exigências editalícias que burlaram gritantemente todos os princípios constitucionais administrativos. Exemplo seria, em sentido amplo, exigência em nada relacionada com o objeto licitatório, como uma dada autorização de um dado órgão público que não se relacione com o serviço objeto da licitação. Assim, teríamos burla ao princípio da legalidade, impessoalidade, isonomia, caráter competitivo do certame etc. Vejamos que uma mera exigência é capaz de macular todo o certame. O princípio da vinculação ao edital é amplo, abrangendo vinculação às regras da Constituição, da Lei Geral da Licitação, das leis específicas relativas ao objeto licitatório, enfim, da observância do devido procedimento licitatório.

A Administração e o licitante devem verificar se o instrumento convocatório se encontra dentro da constitucionalidade e legalidade exigida. Antes da vinculação ao ato convocatório, existe a vinculação às leis e à Constituição Federal. Administração, licitantes, interessados e contratados, todos estão delimitados pelas condições presentes no instrumento convocatório, desde que este não esteja em desconformidade com os instrumentos normativos de hierarquia superior (art. 41 da Lei n. 8.666/93).

DOS POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS

Sobre o tema, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado.

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TRIBUNAL DE CONTAS da União, o instrumento convocatório é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração **não pode descumprir as normas e condições do edital**, ao qual se acha estritamente vinculada”. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada: EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência

do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu: ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", **este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica.** Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, **não supre a exigência do edital.** Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, **é privilegiar um concorrente**

em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.



O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288): “Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, **não pode esta se furtar ao seu cumprimento**, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento”.

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou: Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) **O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido**, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)” (Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

Por fim, para além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila a posição do TCU sobre a matéria aqui discutida. Há centenas de acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao edital, com orientação alinhada àquela apresentada neste parecer e que podem ser sintetizadas na recomendação apresentada pelo tribunal no Acórdão 483/2005: “Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993”.

Decisões recentes reforçam essa posição do TCU, como se constata no sumário dos acórdãos a seguir transcritos: Acórdão 4091/2012 - Segunda Câmara. REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERCENTUAL MÍNIMO DE 50% PARA TODOS OS ITENS LICITADOS. ILEGALIDADE. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DOS VENCEDORES EM DESACORDO COM O PRÓPRIO EDITAL. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO Acórdão 966/2011 - Primeira Câmara REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. CONSTATAÇÃO DE ALGUMAS FALHAS RELACIONADAS À INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO.

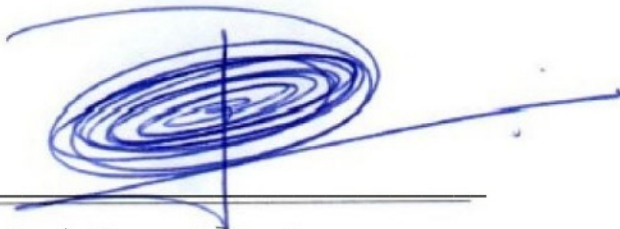
O princípio da vinculação ao instrumento convocatório **obriga a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital.**

Por todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congênere.

Desta forma percebe-se a quebra do nexo de relação entre o Edital e suas exigências e a proposta da empresa recorrida, ensejando a desvinculação ao ato convocatório. Logo, haverá quebra de referido princípio.

DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Assim é que se REQUER a essa respeitável Comissão de Licitação que mantenha a referida decisão desclassificando a BSR TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS.



Iperó/SP, 09 de agosto de 2021.

Silvio José Diego Andrade

Sócio administrador

RG nº [REDACTED] e CPF nº [REDACTED]

GOLDEN SERVIÇOS E EMPREENDIMENTOS TÉCNICOS LTDA

CNPJ 11.917.008/0001-33