

## PARECER JURÍDICO

Submete-se a essa Assessoria Jurídica processo licitatório nº 041/2018, pregão presencial nº 028/2018, para locação de sistema de informação em gestão de saúde pública, nos termos que especifica, em relação a recurso interposto.

Recurso às fls. 295/320; Contrarrazões às fls. 321/330.

Processo suspenso até decisão final.

Antes de adentrar à questão, merece registro que as razões recursais da empresa Publicenter vieram cópias do contrato social (10ª alteração) da empresa, comprovante de CNPJ e autenticações da JUCEMG, documento pessoal do representante legal (autenticado).

Verificada a assinatura física do recurso, convergente com a capacidade do representante legal da empresa em fazê-lo.

Já as contrarrazões da empresa Vivver vieram por cópia reprográfica acrescidas de cópias de procuração constituindo advogado e substabelecimento, sem quaisquer outros documentos capazes de se verificar a legitimidade para o ato.

Verificada a assinatura física do recurso, mas não há meios de se apurar a capacidade postulatória ante a falta de documentos a instruí-lo, além do que, o documento está em cópia reprográfica, e não há certidão ou qualquer prova de que o original do documento tenha sido enviado para os autos.



## FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA – TEMPESTIVIDADE – CÓPIA REPROGRÁFICA – TESES RECURSAIS

Como se não bastasse a condição reprográfica das contrarrazões, ela não vem revestida de requisito mínimo exigido, qual seja, a documentação que permita inferir o ato constitutivo da empresa (contrato social), a identificação e qualificação da empresa impugnante, sobretudo, identificação de seu responsável legal, apto a responder pela empresa e se manifestar na defesa de seus interesses, nem tampouco, cópias dos documentos de seus responsáveis legais, pelo que, tal desinformação, também impede a análise da petição formulada.

As razões da empresa Publicenter apontam em síntese:

- a)- Questões preliminares de tempestividade e suspensão do feito administrativo;
- a)- No mérito, que a empresa Vivver não apresentou declaração de responsável técnico exigido no edital (capítulo XV, Anexo XI – disposições gerais) e mesmo ausente ela foi declarada habilitada;
- b)- Aponta fundamento no art. 3º da Lei 8666/93 sobre a obrigatoriedade de observância dos termos e condições previstos no edital;
- c)- Que o item 10 do edital informa que a ausência dos documentos ou sua apresentação em desacordo com o previsto neste título inabilitará o licitante;
- d)- Invocam os princípios legais aplicáveis à administração pública, com destaque ao da vinculação ao instrumento convocatório, impessoalidade e legalidade, por questão até de segurança jurídica e capitaneia precedentes para corroborar sua tese.
- e)- Pede provimento do recurso para a inabilitação da empresa Vivver.



As razões da empresa Vivver indicam em síntese:

- a)- Que a declaração de responsável técnico não tem sua apresentação determinada no edital;
- b)- O título VIII responsável por prever de forma taxativa o rol de documentos de habilitação não consta tal exigência;
- c)- Aduz que o título XV identifica referência à referida declaração, mas que se trata de modelos para auxiliar os licitantes, e que podem ser ignoradas caso já estejam de acordo com o Título XIII e Termo de referência;
- d)- Destaca que o edital não possui o citado Anexo XI modelo de declaração de responsável técnico, do que conclui que o documento não era exigido pelo município de Ibiá, mas de erro material do edital;
- e)- Que a ausência da declaração foi sanada , tanto pelos documentos entregues em que se identificam dois atestados de capacidade técnica, que comprovam que a empresa possui corpo técnico especializado, quanto pela declaração oral expressa formulada em ata no dia do julgamento do certame;
- f)- Aduz observância aos princípios afetos ao processo licitatório, invocando princípio da vinculação ao instrumento convocatório, proporcionalidade, razoabilidade, até para afastar excessos de formalismo.
- g)- que a sua inabilitação conduzirá ofensa ao princípio da oferta mais vantajosa, já que apresentou melhor preço para o certame; Pede desprovemento do recurso.

É o que relata no necessário.



No que se refere ao processo licitatório, compulsando o caderno de documentos que o instrui, depura-se que o caminho vertente é o da REVOGAÇÃO do certame e a inauguração de um novo processo. Explico.

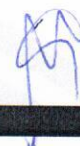
A licitação é um procedimento administrativo do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para um contrato de seu interesse, de uma maneira que torne tal “competição” a mais isonômica possível.

O processo licitatório deve ser público e acessível a todos os cidadãos, além de ter como objetivo a escolha, dentre os vários concorrentes de cada setor, da proposta mais vantajosa para o Poder Público no que se refere aos aspectos de preço e qualidade. Assim, a competição entre as empresas licitantes é indispensável, pois ela garante que a compra realizada seja a mais vantajosa para a sociedade. Cada participante deve cumprir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital de licitação. E cabe ao poder público escolher a melhor proposta, além de fiscalizar os bens entregues pelo vencedor e a sua correta utilização em favor da população.

Todos os documentos, uma vez lançados no edital de licitação, deverão ser de apresentação obrigatória, seja com a documentação de habilitação, seja com a proposta, do que, de seu descumprimento deverá resultar uma sanção, sob pena de tornar inócua a fase externa do certame.

Ora, não é crível se admitir que o licitante tome conhecimento das peças do edital, suas exigências, e apresente somente aquelas que julgar necessárias. Não lhe cabe tal avaliação ou decisão.

Lado outro, ainda que se admita que o rol de anexos contendo declarações sejam apenas modelos, eles tem o condão de nortear ao licitante qual informação a administração pretende seja prestada. É fato, que preditos documentos não precisam



guardar fidelidade aos respectivos modelos, mas as informações neles almeçadas deverão obrigatoriamente serem prestadas, porque assim o ente estatal entendeu. Porém, jamais se refutar em prestar referida informação, o que neste caso conduziria à sanção do licitante, repise-se, seja inabilitação ou desclassificação, dependendo de onde deva estar o documento.

Nesse diapasão, merecem destaque para o caso em comento, dois princípios norteadores do processo licitatório.

No **Julgamento Objetivo**: é vedada a utilização de qualquer critério sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado no julgamento das propostas que possa eliminar a igualdade entre os licitantes.

Está disposto no art. 44 da Lei nº 8.666/93.

*“Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.”*

Na **Vinculação ao Instrumento Convocatório**: as regras estabelecidas no edital devem ser totalmente respeitadas.

Está disposto no art. 41 da Lei nº 8.666/93.

*“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”*

No que se refere à qualificação técnica, deve-se atentar sempre para que as exigências não sejam desarrazoadas a ponto de frustrar o caráter competitivo do certame. Outro não é o posicionamento do TCU (BRASIL, TCU, 2009b):



**“As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame (...).” gn**

Toda e qualquer exigência de qualificação técnica deve ser concebida de modo a não impor custos prévios à celebração do contrato, a teor da Súmula 272/2012 (BRASIL, TCU, 2012):

***“Súmula nº 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”.***

A qualificação técnica pode ser de dois tipos: a da empresa (técnico-operacional) e a dos profissionais (técnico-profissional). Tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência admitem a possibilidade de se estabelecerem requisitos para avaliar a empresa que pretende participar do certame licitatório. De tal sorte, a exigência da apresentação da declaração de responsabilidade técnica, como lançada no caderno editalício, se mostra completamente inserida no contexto da legalidade.

Não há na lei de licitações vedação quanto a tal exigência. Já o entendimento pacificado das Cortes de Contas é no sentido de que não se pode exigir da licitante comprovação que lhe traga oneração, a exemplo de exigência de profissional no seu quadro de pessoal.

No entanto, a prestação da declaração não lhe impõe ônus algum, sobretudo, porque se a capacidade técnico profissional restou demonstrada, não haveria porque da não

declaração de quem seria o dito responsável. Isso porque, há casos em que a qualidade técnico profissional resta sobejamente comprovado no certame, mas na fase de execução, outro pessoa possa vir a ser designada, sem que tenha as qualidades necessárias para cumprir o contrato, trazendo transtornos à administração.

No julgamento do certame, restou afastada a questão da certidão, o que motivou o recurso.

Da análise do edital, resta claro que referido documento consta de seu texto como documento a ser apresentado.

O título XV do edital elenca os anexos que o compõem e dentre eles está o Anexo XI – Modelo de Declaração de responsável Técnico.

Ainda dentro das disposições gerais, o item 6 informa que a documentação apresentada no edital e seus anexos são complementares entre si, de forma que será considerado válido.

6 - Toda a documentação apresentada neste Edital e seus anexos são complementares entre si, de modo que qualquer detalhe que se mencione em um documento e se omita em outro será considerado especificado e válido.

É fato que a declaração de responsabilidade técnica ficou fora do rol de documentos do título VIII – Documentos de Habilitação. Porém, isso não significa que ele está dispensado de ser apresentado.

Os itens de 03 a 05 do Título IV do edital indicam a possibilidade de pedidos de esclarecimentos, prestação de informações e impugnações. Porém nenhuma deles foi exercida na fase de publicação do certame, do que se conclui não houve dúvidas quanto aos documentos ali exigidos.



Portanto, a apresentação da referida declaração era obrigação a ser cumprida pelos licitantes.

*Mutatis mutandis*, compulsando o rol de anexos do edital, é possível se verificar que o indicado Anexo XI – Modelo de declaração de responsável técnico, embora esteja elencado no Título XV não está integrado no caderno editalício.

De tal sorte, considerando que a declaração embora seja documento integrante da licitação em comento, considerando o fato de ter sido lançada fora do contexto do Título VIII – Documentos de Habilitação e, sobretudo, considerando sua ausência entre os anexos do caderno editalício, é de se entender que a licitante Vivver fora induzida em erro, com a sua conseqüente não apresentação no julgamento do certame.

Denota-se que tais circunstâncias superaram todos os integrantes do processo, seja na parte administrativa do município, seja nos interessados e participantes do certame, já que ninguém se atentou para o fato.

Porém, ao que se denota, tal falha implementou uma condição no processo, cujo vício tem a capacidade de macular a lisura e legalidade de seu julgamento, seja porque a administração deve obediência aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, seja porque deve respaldar o julgamento objetivo e aí, não lhe é possível afastar *sponte sua* documento por ela mesma cobrado no certame, seja pela equívoco formal na apresentação do anexo, aliás, dos anexos, tendo em vista que não se verificar no edital, também os anexos IX e X.

Assim, em havendo o risco iminente de prejuízo à livre competição dos licitantes, bem assim ao não atingimento dos objetivos da licitação, sobretudo, da proposta mais vantajosa para o Poder Público no que se refere aos aspectos de preço e, sobretudo, qualidade, sua REVOGAÇÃO é o caminho vertente.



Sobre o tema, a Súmula nº 473 do STF orienta que:

**“Sumula 473 – A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.**

Bem se nota, que predita revogação não afronta direitos adquiridos, porque eles inexistem no certame, haja vista, repise-se não haver a conclusão e encerramento do certame, do que se extrai, há mera expectativa de direito.

Já os motivos de conveniência e oportunidade estão demonstrados pelos fatos e fundamentos esposados alhures, de forma que, a revogação encontra esteio na referida Súmula do STF.

Ainda que, eventualmente se pudesse admitir, apenas *ad argumentadum*, eventual prejuízo de uma ou das empresas participantes, mesmo assim o interesse do particular não poderia jamais se sobrepor ao interesse coletivo, *in casu*, assentado na busca de um serviço de melhor qualidade e menor preço dispensado a toda população, alicerçado no princípio da legalidade, impessoalidade e interesse público.

Além do mais, quando da deflagração de novo certame, todas elas terão oportunidade de novamente participarem, inclusive com possibilidade de novos interessados, o que se mostra mais benéfico ao município e, sobretudo, à coletividade.

Finalmente, em relação à declaração expressa formulada pela Empresa Vivver e consignada em ata, tendente a suprir a falta da declaração, esta jamais poderia ser levada adiante, porque estar-se-ia inovando no texto da lei de licitações, ao se permitir a um licitante suprir a falta de um documento com uma declaração expressa no ato de



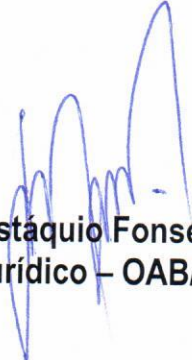
julgamento, de modo afastar eventual inabilitação, o que é vedado, eis que cabe ao Poder Executivo cumprir a lei.

De tal sorte, merece acolhimento somente como tese de fundamento das contrarrazões do recurso a que se apresentaria, como de fato o fez, mas não como prova documental, assim conceituada na forma do indigitado Anexo XI.

De todo exposto, esta Assessoria opina pela REVOGAÇÃO do presente certame, com a indicação ao órgão competente das providências necessárias, nos termos deste parecer, para a realização de novo certame.

Sub censura, é o parecer.

Ibiá/MG, 14 de agosto de 2018.



**Marcos Eustáquio Fonseca – adv.  
Assessor Jurídico – OAB/MG 79.964**