

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL - TCDF

URGENTE: Pregão Eletrônico. Empresa de Pequeno Porte preterida em desacordo com a Lei Complementar nº 123/2006. Inabilitação indevida. Qualificações técnico-operacional e profissional atendidas. Desrespeito às prerrogativas das ME/EPP. Vinculação ao instrumento convocatório. Adjudicação dos Lotes disputados para outras empresas. **Dano ao erário iminente. Necessidade de concessão de cautelar.** Manutenção da REPRESENTANTE como habilitada até ulterior análise de mérito pelo Plenário. Proposta mais vantajosa para a Administração.

URBANA AMBIENTAL CONSTRUÇÃO LTDA EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 07.125.585/0001-15¹ com sede na Rua Flamboyant, 141, Quadra 02, Lote 01, Bairro Jardim Primavera, em Luís Eduardo Magalhães/BA, CEP 47852-010², vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por meio de representantes legais³, com fulcro no art. 230 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Distrito Federal, oferecer a seguinte

REPRESENTAÇÃO
- COM PEDIDO DE ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR -

¹ Doc. 01 – Cartão CNPJ URBANA.

² Doc. 02 – Contrato Social URBANA.

³ Doc. 03 – Instrumento de Mandato.

em face de atos praticados pela **COMPANHIA URBANIZADORA DA NOVA CAPITAL (NOVACAP)**, empresa pública do DISTRITO FEDERAL, sediada no Setor de Áreas Públicas, Lote B, SIA Sul, Bairro Guará, em Brasília/DF, CEP 71215-000, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

1. DO BREVE RELATO DOS FATOS

A REPRESENTANTE (URBANA) participa do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 039/2022⁴, promovido pela NOVACAP, por meio do Processo Administrativo nº 00110-00000948/2021-14, cujo objeto é o *registro de preços para eventual contratação de empresa(s) especializada(s) na prestação de serviços de execução de paisagismo incluindo o fornecimento, plantio e conservação de gramados, árvores, palmeiras e arbustos em todo o Distrito Federal.*

A licitação tem por objeto a *contratação de empresas de engenharia para manutenção preventiva e corretiva do sistema de drenagem pluvial em todo Distrito Federal.* Trata-se de uma das maiores obras a serem executadas no Distrito Federal no período recente, tanto pela complexidade técnica quanto pelo volume de recursos investidos.

O objeto da licitação foi dividido em 10 (dez) lotes, e o valor estimado dos serviços soma a monta de R\$ 44.011.486,15 (quarenta e quatro milhões, onze mil e quatrocentos e oitenta e seis reais e quinze centavos).

Os lotes ímpares – 1, 3, 5, 7 e 9 – foram destinados ao mercado geral, enquanto os lotes pares – 2, 4, 6, 8 e 10 – foram destinados à cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte.

⁴ Edital PE nº 039/2022.

A presente Representação trata dos **LOTES 1, 2, 4, 6, 8 e 10**.

O início do recebimento das propostas foi até às 9h00 do dia 14 de abril de 2022. Às 09h15min do mesmo dia, teve início a sessão de disputa de preços.

A licitação eletrônica é processada por intermédio do sítio de licitações do Banco do Brasil: www.licitacoes-e.com.br, de acesso público (Licitação nº 995060). A URBANA, tempestivamente, apresentou propostas regulares.

Inicialmente, a empresa “WM” arrematou os lotes 1, 3 e 7, a empresa “Leão” arrematou os lotes 2, 5 e 6, a empresa “Top Grass” arrematou os lotes 4, 8 e 10, e a empresa “Viveiro” arrematou o lote 9. Assim:

Lote 01 - WM Paisagismo Urbanismo Ltda.;

Lote 02 - Leão Serviços Gerais de Conservação e Limpeza Ltda;

Lote 03 - WM Paisagismo Urbanismo Ltda.;

Lote 04 - Top Grass Agrícola Ltda ME;

Lote 05 - Leão Serviços Gerais de Conservação e Limpeza Ltda;

Lote 06 - Leão Serviços Gerais de Conservação e Limpeza Ltda;

Lote 07 - WM Paisagismo Urbanismo Ltda.;

Lote 08 - Top Grass Agrícola Ltda ME;

Lote 09 - Viveiro Campo Lindo Comércio de Plantas Ltda;

Lote 10 - Top Grass Agrícola Ltda ME;

Ocorre que, em 27/06/2023, a NOVACAP considerou que **nenhum dos atestados de capacidade técnica apresentados atendia às especificações do Projeto Básico do PE nº 039/2023**. Nesse sentido, foram convocadas as mais bem colocadas de cada lote, as empresas URBANA (lotes 1, 2, 4, 6, 8 e 10) e CENTRAL ENGENHARIA (lotes 3, 5, 7 e 9). Nesse momento, as arrematantes passavam a ser:

Lote 01 - Urbana Ambiental Construção Eireli EPP;
Lote 02 - Urbana Ambiental Construção Eireli EPP;
Lote 03 - Central Engenharia e Construtora Ltda EPP;
Lote 04 - Urbana Ambiental Construção Eireli EPP;
Lote 05 - Central Engenharia e Construtora Ltda EPP;
Lote 06 - Urbana Ambiental Construção Eireli EPP;
Lote 07 - Central Engenharia e Construtora Ltda EPP;
Lote 08 - Urbana Ambiental Construção Eireli EPP;
Lote 09 - Central Engenharia e Construtora Ltda EPP;
Lote 10 - Urbana Ambiental Construção Eireli EPP;

Vale destacar que a REPRESENTANTE apresentou, para todos os lotes a que fora convocada, **propostas de preços ajustadas com valores abaixo dos que haviam sido, anteriormente, considerados os melhores preços para a Administração.** Dito de outra forma, naquele momento, em que era considerada arrematante dos lotes 1, 2, 4, 6, 8 e 10, a REPRESENTANTE havia apresentado propostas melhores que aquelas antes classificadas em primeiro lugar.

Juntamente com as propostas ajustadas, a REPRESENTANTE apresentou todos os atestados de capacidade técnica necessários para garantir a habilitação, **além de um memorial descritivo escrito e assinado pelos mesmos emissores dos atestados**, para facilitar o entendimento e esclarecer eventuais dúvidas que pudessem surgir quanto aos serviços executados pela URBANA e que eram exigidos pela NOVACAP no PE nº 039/2023.

Ocorre que, a exemplo das então primeiras colocadas, a URBANA foi inabilitada do certame. Porém, diferentemente das demais, a URBANA colacionara um memorial descritivo de todos os serviços prestados e mencionados nos atestados de capacidade técnica apresentados. **Esse memorial, no entanto, sequer foi considerado pela área técnica da NOVACAP quando sugeriu sua**

inabilitação. Vale reforçar que as propostas da URBANA foram com preços mais baixos – mais vantajosos para a Administração, portanto – do que qualquer outra, **inclusive para o Lote 1, o qual, lembre-se, não era reservado exclusivamente para Empresas de Pequeno Porte** – ou seja, mesmo concorrendo com empresas de médio/grande porte, a URBANA conseguiu oferecer a proposta mais vantajosa para a Administração.

O móvel da inabilitação da URBANA, em síntese, foi “por não ter acervo técnico exigido suficiente (Plantio de Grama em Talude) e palmeiras acima de 3,00m (porte mínimo), conforme análise técnica da área demandante, anexo ao sistema e no site da NOVACAP”.

Ocorre que, com os devidos préstimos, não há que se falar em descumprimento dos itens mencionados, pois a insurgência foi baseada em entendimento já ultrapassado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em especial no Tribunal de Contas da União, que possui entendimento consolidado sobre o tema em sentido **contrário** ao apresentado pela Administração. Sabe-se do mesmo entendimento perpetrado no âmbito dessa eg. Corte de Contas Distrital, que age com autonomia e independência em relação a qualquer outra instância.

Além da URBANA, a CENTRAL ENGENHARIA (então arrematante dos lotes 3, 5, 7 e 9) também foi inabilitada. Assim, naquele momento, **todas as licitantes haviam sido inabilitadas em todos os lotes.**

A NOVACAP, então, decidiu pela escoima das propostas, utilizando, por subsidiariedade, o art. 48, §3º da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual:

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou

de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

Nesse sentido, o despacho de análise dos atestados apresentados:

Os atestados de capacidade técnica apresentados pelas licitantes arrematantes, NÃO ATENDEM, salvo melhor juízo, ao exigido no Projeto Básico (105587634) do Pregão Eletrônico nº 039/2022 – DECOMP/DA, uma vez que nenhuma das empresas comprovou a execução de todos os serviços constante das tabelas de referência para o acervo técnico exigido.

Porém, entendemos, salvo melhor juízo, que as falhas apontadas são passíveis de serem sanadas. Desta forma, sugerimos que, caso a autoridade considere a legalidade do ato, que seja dada a todas as arrematantes oportunidade de apresentar documentação complementar que comprove a qualificação técnica da empresa, em conformidade com o item 14.13.1. Acervo Técnico Exigido, do Projeto Básico (105587634) do Pregão Eletrônico nº 039/2022 – DECOMP/DA, dos itens não comprovados, conforme itens 1.2 e 2.7 – FALHA ENCONTRADA.

Ocorre que, posteriormente, a NOVACAP convocou as primeiras colocadas de cada lote (WM PAISAGISMO para os lotes 1, 3 e 7; LEÃO SERVIÇOS GERAIS para os lotes 2, 5 e 6; TOP GRASS para os lotes 4, 8 e 10; e VIVEIRO CAMPO LINDO para o lote 9) para apresentação de documentos de habilitação escoimados, sem, novamente, considerar o memorial descritivo apresentado pela REPRESENTANTE e os preços mais vantajosos apresentados por ela à Administração.

Os documentos apresentados pela WM PAISAGISMO foram aceitos pela NOVACAP, e a empresa, então, foi declarada a vencedora do lote 1.

Ocorre que, após a convocação da WM PAISAGISMO para apresentar novamente os documentos de habilitação, **não houve a necessária convocação da REPRESENTANTE para cobrir a proposta apresentada, com base na Lei nº 123/2006, como fora feito antes da escoima.** Dispõe o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

Portanto, são duas as ilegalidades/irregularidades que a presente Representação pretende denunciar ao eg. TCDF: a primeira é a inabilitação ilegal da REPRESENTANTE, que comprovou documentalmente possuir capacidade técnica para executar o objeto do Pregão Eletrônico nº 039/2022 em sua integridade; a segunda é o desrespeito à Legislação Federal quanto ao direito de preferência ou “empate ficto” a que a REPRESENTANTE faz jus, uma vez que suas propostas representariam maior vantajosidade à Administração. No caso concreto, a REPRESENTANTE, como empresa de pequeno porte, deveria ter sido convocada para apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, **o que não ocorreu.**

Assim, configuradas as ilegalidades perpetradas na condução do procedimento licitatório em exame, com base nos argumentos expostos aqui e logo adiante, bem como na farta documentação colacionada, medida que se impõe é a **manutenção da REPRESENTANTE como habilitada no certame**, motivo pelo qual requer a **concessão de cautelar na forma** adiante delineada e, ao final, a **procedência da Representação no sentido de anular o ato administrativo de inabilitação da REPRESENTANTE, com o retorno do certame à fase respectiva**, inclusive por se tratar de empresa de pequeno porte que não teve seu direito de preferência respeitado, conforme prevê a Lei Complementar nº 123/2006.

Por tais razões, neste momento, não resta alternativa à URBANA senão promover a devida REPRESENTAÇÃO, objetivando, sempre, o respeito às decisões dessa eg. Corte de Contas, à lei e ao instrumento convocatório para que a Administração retifique a ilegalidade cometida, em especial por declarar inabilitada a REPRESENTANTE e por não respeitar o direito de preferência garantido por lei, o que demanda revisão imediata, pelas razões de fato e de direito que se passa a expor.

Vale destacar que há urgência na apreciação do feito, uma vez que **no Lote 1 já houve declaração da empresa WM como vencedora**, abrindo a possibilidade de que a Administração, ato contínuo, celebre o contrato ilegal que se quer evitar, com empresa que não ofereceu as condições mais vantajosas para a Administração, **materializando o iminente dano ao erário distrital**, enquanto nos lotes 2, 4, 6, 8 e 10 isso pode acontecer **a qualquer momento**.

É o breve relato do necessário.

2. DO MÉRITO

Abaixo as razões de mérito pelas quais a URBANA entende devem ser integralmente acolhidos os argumentos e pedidos aqui expendidos, para que a Administração proceda a anulação da decisão que a inabilitou e retome o certame da fase anterior à indevida inabilitação.

2.1. Da competência do TCDF para o processamento da Representação

De início, ressalta-se que o Tribunal de Contas do Distrito Federal é competente para processar a representação.

Dispõe o Regimento Interno dessa eg. Corte de Contas Distrital que:

Art. 230. O Tribunal receberá representações sobre ilegalidades, irregularidades ou abusos identificados no exercício da administração contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades sujeitos à sua jurisdição ou na aplicação de quaisquer recursos repassados ao Distrito Federal, ou por este, mediante ajuste de qualquer natureza.

Como há dispositivo constitucional e dispositivos legais da própria Lei de Licitações das Estatais sendo francamente desrespeitados, o mencionado diploma legal autoriza a presente Representação, *in litteris*:

Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição. [...]

§ 2º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao tribunal de contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Não há dúvidas, portanto, da possibilidade legal e do cabimento, amparado no Regimento Interno dessa eg. Corte, para a presente Representação.

2.2. Do desrespeito à Lei Complementar nº 123/2006 - Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte

A primeira questão que se deve levar em consideração nesta Representação diz respeito à ausência de convocação da REPRESENTANTE, como empresa de pequeno porte, para apresentar proposta mais vantajosa à Administração do que aquela da primeira colocada, conforme dita a Lei Complementar Federal nº 123/2006.

Na tentativa de impulsionar a atuação das micro e pequenas empresas no mercado, o legislador ordinário assegurou tratamento diferenciado tanto às Empresas de Pequeno Porte (EPP) quanto às Microempresas (ME).

Em se tratando de Licitações Públicas, um dos incentivos foi, por exemplo, estabelecer prerrogativas para efetivo de desenvolvimento econômico e social de tais organizações, estimulando o emprego, a economia e a melhor distribuição de renda no País.

A Constituição Federal elenca, no Capítulo inaugural do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira –, princípios gerais da atividade econômica, assegurando tratamento diferenciado às MEs e EPPs, nos seguintes termos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

digna, conforme os ditames da justiça social observados os seguintes princípios: [...]

IX- tratamento favorecido para a empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Ainda no Capítulo de Princípios Gerais, a Carta Magna reforça, em outro artigo, a necessidade de incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando as incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Dessa forma, a Constituição Federal prescreve o necessário estabelecimento de critérios e vantagens diferenciados às empresas de pequeno porte e microempresas, de modo que sejam criados critérios a permitir que as EPPs e MEs tenham condições de concorrer de forma igualitária, mantendo a isonomia quando defrontadas com empresas de maior faturamento.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 123/2006 veio regulamentar um benefício concedido pela Constituição Federal, garantindo às MEs e EPPs o direito constitucional ao tratamento diferenciado, favorecido e simplificado, de forma a ampliar os negócios e desenvolver o crescimento, trazendo benefícios no procedimento licitatório previstos nos artigos 42 a 49.

Com relação às aquisições públicas, as prerrogativas das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte estabelecidas pela Lei Complementar nº 123/2006, para asseguram as condições de igualdade de concorrência, são:

- a) a regularização fiscal e trabalhista tardia;
- b) a preferência em caso de empate ficto;**
- c) a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação de MEs e EPPs nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- d) a possibilidade de exigir dos licitantes que subcontratem ME ou EPP;
- e) em certames para a aquisição de bens divisíveis, a reserva de cota de 25% do objeto para a contratação de MEs e EPPs.

Regularização fiscal e trabalhista tardia significa que as MEs e as EPPs podem participar da licitação mesmo sem dispor dos documentos comprobatórios de sua regularidade. Ao final, caso se consagrem vencedoras do certame, é assegurado um prazo para regularização:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certamos licitatórios, deverão apresentar toda a documentação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da

administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa

Nas licitações, a exigência de comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte será feita apenas para efeito de assinatura do contrato, sendo que por ocasião da participação em certames licitatórios, caso haja restrições fiscais será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, prorrogáveis por igual período, para a regularização da documentação fiscal exigida. Sendo assim, é assegurado as EPPs e MEs a regularização de documentação fiscal pelo prazo de 5 (cinco) dias úteis, prorrogado por igual período.

Outra medida assegurada às MEs e EPPs é a preferência em caso de empate ficto. Tal situação ocorre quando a proposta de uma ME ou EPP superar em até 10% aquela de menor valor. Essa margem é reduzida para 5% quando se tratar de pregão:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

Nesse sentido, nos processos licitatórios será assegurada, como critério de desempate, **preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte**. A lei ainda estabelece que serão consideradas empatadas as propostas apresentadas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. **Na modalidade pregão, o percentual é de 5% (cinco por cento).** Nesse caso, a LC 123/2006 diz que se existir um empate é assegurada à ME ou EPP a faculdade formular um lance de desempate.

Ocorre que a imposição legal disposta nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 foi solenemente ignorada no presente Pregão Eletrônico conduzido pela NOVACAP, em especial após a realização da escoima das propostas. Escoima não significa violar princípios licitatórios caros ao sistema de compras públicas, em especial o julgamento objetivo e a impessoalidade.

A REPRESENTANTE não foi convocada para cobrir a proposta da empresa considerada a primeira colocada após a escoima. Com isso, tal empresa foi declarada a vencedora do Lote 1 do PE nº 039/2022 e, ao arrempio da lei, teve o objeto da licitação arrematado e adjudicado em seu favor.

Nesse sentido, é cristalina a equivocada condução do PE nº 039/2022 no que tange à quebra à isonomia provocada pela ausência de convocação da REPRESENTANTE para exercer seu direito, como Empresa de Pequeno Porte, a, nos termos da lei, apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame.

2.3. Da inabilitação da URBANA

A URBANA cumpriu todos os requisitos do Edital, tendo sido inabilitada por suspostamente não atender ao item 14.13 do Projeto Básico, a saber:

14.13. Qualificação Técnica

É a comprovação de experiência da execução de atividades, compatível com as características dos serviços do objeto a ser contratado.

A **LICITANTE arrematante** deverá comprovar a **qualificação técnica** por meio de **Acervo Técnico de 25% do quantitativo total do(s) lote(s) licitado(s) arrematado(s)**, comprovando a experiência de execução de atividades. A comprovação da aptidão será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nos Conselhos Profissionais, salvo se o objeto a ser licitado não for alcançado pela fiscalização dessas Autarquias.

O documento deve ser apresentado em papel timbrado da empresa emitente ou com o carimbo da mesma, indicando endereço e telefone da emitente que comprove a execução de objeto com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta contratação, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Será aceito o somatório de atestados de capacidade técnica para fins de comprovação.

Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior.

A **LICITANTE** disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.

O atestado deverá conter, além do nome do atestante, endereço e telefone da pessoa jurídica, ou qualquer outra forma de que a NOVACAP possa valer-se para manter contato com a empresa declarante.

A NOVACAP se reserva o direito de realizar diligências para comprovar a veracidade dos atestados, podendo requisitar cópias dos respectivos Contratos e aditivos e/ou outros documentos comprobatórios do conteúdo declarado.

A LICITANTE deverá comprovar que possui inscrição primária ou secundária no registro ou inscrição na entidade profissional competente, bem como de que se encontra com as suas obrigações em dia com este órgão.

A NOVACAP entendeu por desclassificar a URBANA dos Lotes 1, 2, 4, 6, 8 e 10, assim consignando⁵:

3 - CONCLUSÃO

Considerando a obrigatoriedade determinada no item 14.13.1. Acervo Técnico Exigido, do Projeto Básico (105587634) do Pregão Eletrônico nº 039/2022 – DECOMP/DA, que assim dispõe:

OBSERVAÇÃO IMPORTANTE: A comprovação deverá contemplar OBRIGATORIAMENTE a execução de TODOS os itens das tabelas acima.

Os atestados de capacidade técnica apresentados pelas licitantes arrematantes, NÃO ATENDEM, salvo melhor juízo, ao exigido no Projeto Básico (105587634) do Pregão Eletrônico nº 039/2022 – DECOMP/DA, uma vez que nenhuma das empresas comprovou a execução de todos os serviços constante das tabelas de referência para o acervo técnico exigido.

Porém, entendemos, salvo melhor juízo, que as falhas apontadas são passíveis de serem sanadas. Desta forma, sugerimos que, caso a autoridade considere a legalidade do ato, que seja dada a todas as arrematantes oportunidade de apresentar documentação complementar que comprove a qualificação técnica da empresa, em conformidade com o item 14.13.1. Acervo Técnico Exigido, do Projeto Básico (105587634) do Pregão Eletrônico nº 039/2022 – DECOMP/DA, dos itens não comprovados, conforme itens 1.2 e 2.7 - FALHA ENCONTRADA.

Em decorrência da análise acima, a URBANA foi desclassificada nos seguintes termos:

⁵ DOC. 0x – Análise Técnica dos Atestados URBANA.

Fornecedor desclassificado ▾

Data/Hora 24/07/2023-14:03:49

Fornecedor URBANA AMBIENTAL CONSTRUCAO EIRELI EPP

Observação Por não ter acervo técnico exigido suficiente (Plantio de Grama em Talude) e palmeiras acima de 3,00m (porte mínimo), conforme análise técnica da área demandante, anexo ao sistema e no site da NOVACAP.

Tal entendimento, no entanto, não pode prosperar, haja vista que os atestados técnicos apresentados **atendem** aos requisitos editalícios em sua plenitude.

Aliás, não só os atestados técnicos atendem aos requisitos necessários, como o memorial descritivo, colacionado pela REPRESENTANTE, reforça a necessidade de sua habilitação, pois pormenoriza todos os serviços comprovadamente executados e que bastam, com margem, para atender às exigências editalícias com relação à capacidade técnica da licitante.

São manifestas as ilegalidades no certame em análise, e tais situações atraem a competência constitucional e legal dessa eg. Corte de Contas, a fim de restabelecer a legalidade no caso concreto e evitar a ocorrência de danos ao erário em virtude dos fatos narrados nesta Representação, além do cometimento de ilegalidades que demandam pronta resposta por parte desse eg. Tribunal.

Ainda que se considere que as exigências foram integralmente cumpridas pela REPRESENTANTE, principalmente quando se interpretam os atestados e o memorial descritivo com sistematicidade, razoabilidade, proporcionalidade e formalismo moderado, apenas por argumentar, a REPRESENTANTE passa a tecer argumentos sobre a apresentação de atestados técnicos similares aos exigidos em licitações públicas.

2.4. Da similaridade dos Atestados Técnicos

Sobre qualificação técnica, assim dispõe a Lei nº 13.303/2016:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I – exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II – **qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes**, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III – capacidade econômica e financeira;

IV – recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

A Lei nº 8.666/1993, utilizada por analogia, também dispõe acerca da qualificação técnica:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II – comprovação de aptidão para desempenho de **atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Percebe-se, portanto, da conjugação dos dispositivos legais, que a qualificação técnica é exigida com relação aos itens de maior relevância técnica e

econômica (Lei nº 13.303/2016), e que a comprovação de aptidão para desempenho de determinada atividade pode se dar por meio de atividades similares (Lei nº 8.666/1993).

É importante destacar que a interpretação dada, pela Administração, à exigência habilitatória disposta no item 13.14 do Projeto Básico, fere os princípios da **ampla competitividade**, por ser extremamente restritiva, e da **legalidade**, por não possuir respaldo legal. E ainda é possível remediar a situação, atendendo aos pedidos adiante elencados, pois a licitação ainda está **em vias de breve conclusão**, razão pela qual é **urgente** a tomada de decisão por parte dessa eg. Corte de Contas.

Nesse contexto, o que ocorre no presente caso é uma afronta à expressa previsão legal e ao pacificado entendimento jurisprudencial, demandando a imediata revisão administrativa a ser determinada por essa eg. Corte de Contas.

Nessa linha, a apresentação de atestados visa a demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação.

A finalidade da norma é clara: resguardar o interesse da Administração – a perfeita execução do objeto da licitação procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado.

Por todas estas razões, **não resta dúvida que os agentes públicos deverão atuar, ao examinar os atestados, com esteio nos princípios, dentre outros, da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e do formalismo moderado**, em prol da proposta mais vantajosa e que atenda aos requisitos fixados no edital, como ocorreu no caso da Representante.

A decisão administrativa que contraria os princípios basilares do direito público, tais como o **princípio da eficiência e da verdade material**, é um duro golpe contra a competitividade e o interesse público, externando rigor exacerbado também amplamente rechaçado por essa eg. Corte de Contas.

Esta empresa atendeu a todas as exigências do Edital. Ocorre que, por uma interpretação equivocada do edital, em total contrariedade ao espírito da lei (ampliação à competição), ao entendimento da doutrina e das Cortes de Contas, foi **indevida e ilegalmente inabilitada**, fazendo com que a licitação se distancie do seu objeto principal, qual seja, o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, evitando danos ao erário. Fica claro e evidente que a empresa URBANA apresentou os documentos necessários e possui a capacidade técnica exigida para os serviços licitados.

Se houver eventuais “divergências” do contido no Edital para os atestados apresentados, recorda-se que **o Tribunal de Contas da União tem jurisprudência uníssona quanto à necessidade de demonstração de fornecimento de bens e serviços apenas similares aos da contenda**, ou seja, **compatíveis em características, quantidades e prazos, não necessitando ser idênticos aos que pretensamente parece querer exigir a NOVACAP**:

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que **a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação** (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

(Acórdão 914/2019-Plenário | Relator: ANA ARRAES)

Também em decisão recente, voltou a decidir:

5.15. Quanto à qualidade dos atestados, **doutrina e jurisprudência defendem que a comprovação deve se dar por meio de objetos similares, e não necessariamente idênticos**, visto que o objetivo da medida prevista na legislação é unicamente aferir se a licitante possui experiência anterior na produção e/ou fornecimento de bens da mesma natureza daqueles que estão sendo contratados. Ou seja, a finalidade é apenas afastar eventuais interessados que não detenham capacidade mínima de atender à Administração.’

(Acórdão 2160/2021-Plenário. Relator: RAIMUNDO CARREIRO)

Aliás, é da Constituição Federal o mandamento maior:

Art. 37 (*omissis*)

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 **soamente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Só se permite, constitucionalmente, as exigências indispensáveis ao cumprimento das obrigações. As dispensáveis, excessivas, despiciendas não podem, nem devem, ser exigidas em qualquer processo licitatório.

Não há dúvidas, portanto, de que a capacidade técnico-**operacional**, prevista em Lei, deve ensejar a demonstração correspondente pela licitante que pretende contratar com o Poder Público, sem, no entanto, a necessidade de os atestados indicarem **exatamente, *ipsis litteris***, o que é pedido em Edital. Fosse assim, poucas concorrências sobreviveriam ao rigor formalista de eventual exigência da Administração por falta de competitividade.

Demonstrada, portanto, a **plena capacidade operacional da empresa, e profissional** dos que com ela trabalham, verifica-se que detém larga experiência na execução do objeto da licitação em tela, principalmente em contratações com o Poder Público.

O relevante, o necessário e suficiente, o indispensável é o atendimento a características similares àquelas entendidas pela Administração. Nada justifica o contrário. O entendimento foi consolidado em **enunciado de súmula do TCU**:

SÚMULA Nº 263

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às **parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado**, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em **obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado**.

Conforme já registrado, é pacificado nos Tribunais que não é possível restringir os atestados de capacidade técnica ao exato objeto licitado, mas se deve exigir apenas a demonstração da capacidade similar (mínima, indispensável, como sói exigir a Constituição Federal).

Acórdão 2382/2008 – Plenário (Voto do Ministro Relator):

O art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que **comprovação de aptidão para desempenho de atividade deve ser pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação**. A melhor exegese da norma é a de que a referida comprovação de aptidão deva ser demonstrada exclusivamente mediante a

comprovação de serviços similares. Nesse sentido, o § 5º do referido art. 30, veda a exigência de Comprovação de aptidão com quaisquer limitações não previstas na Lei que inibam a participação na licitação.

A exigência de comprovação de aptidão em serviços diversos do objeto da licitação consubstanciada limitação indevida à participação no procedimento licitatório, na medida em que **não se pode inferir que a licitante inabilitada mediante este critério não estaria apta a executar o objeto licitado. Desta forma, entendo procedente a irregularidade apontada pelo representante.**

.....

Acórdão 1742/2016 – Plenário / Relator Bruno Dantas:

Em regra, **as exigências para demonstração da capacidade técnico-operacional devem se limitar à comprovação de execução de obras e serviços similares ou equivalentes, não se admitindo, sem a devida fundamentação, a exigência de experiência em determinado tipo de metodologia executiva,** a exemplo da comprovação da realização de serviços de dragagem mediante sucção e recalque, em detrimento de outros sistemas.

Todos os documentos apresentados pela REPRESENTANTE se adequam às exigências legais e editalícias, superando a documentação relativa à capacidade técnico-operacional e profissional, não havendo que se falar de inabilitação.

A Constituição Federal, ao versar sobre licitações públicas, estabeleceu, em seu art. 37, XXI, que *somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações*. Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, face ao princípio da legalidade. Ademais, devem ser evitados formalismos e

requisitos desnecessários, de modo a não ocasionar uma restrição ainda maior à competitividade.

A nova Lei de Licitações, nº 14.133/2021, aqui referida apenas para fins comparativos, trata da mesma maneira a temática:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: [...]

II – certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem **capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior**, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

Não é por outra razão que, anos antes, o Regulamento Interno de Licitações e Contratos da NOVACAP já trazia esse entendimento:

Art. 85 (*omissis*)

§ 3º Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços **com características semelhantes**, devendo essa exigência guardar **proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado**.

A similaridade, a proporção, a razoabilidade em relação à complexidade do objeto a ser executado foram ladeadas pela NOVACAP, o que configura ilegalidade que está causando prejuízo ao erário de **mais de meio milhão de reais, pelo menos!**

Há, portanto, afronta à expressa previsão legal, constitucional e ao pacificado entendimento jurisprudencial, demandando a imediata revisão do ato administrativo emanado pela NOVACAP, por parte desse eg. TCDF.

Em reforço, salienta-se que não se exige demonstração de execução idêntica à do objeto que se pretende, podendo ser similar, conforme leciona também Marçal Justen Filho (2010, p.441):

Em primeiro lugar, não há cabimento em impor a exigência de que a sujeito tenha executado no passado obra ou serviço exatamente idêntico ao objeto da licitação. Parece evidente que o sujeito que executou obra ou serviço exatamente idêntico preenche os requisitos para disputar o certame e deve ser habilitado. Mas também se deve reconhecer que a idoneidade para executar o objeto licitado pode ser evidenciada por meio da execução de obras ou serviços similares, ainda que não idênticos. Em outras palavras, a Administração não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico aquele licitado — a não ser que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo a tanto.

Essa insistente lição é necessária para que fique clara a intenção do legislador na aplicação dos princípios da competitividade e da razoabilidade que orientam os processos licitatórios brasileiros, caminhando em sentido contrário às exigências restritivas e prejudiciais à amplitude concorrencial, como está fazendo a NOVACAP, em prejuízo do erário e do interesse público. E a jurisprudência dessa eg. Corte de Contas é no sentido de que não se admite a inabilitação de empresa que apresenta atestado comprovando a execução de serviço similar ou de maior complexidade.

Nesse sentido, entre outras, a Decisão nº 3159/2017, proferida no Processo nº 5558/2017-e. O Relator do Processo, Conselheiro Paulo Tadeu, assim justificou o Voto proferido, inclusive tratando de certame da própria NOVACAP:

A empresa informa que ofertou a melhor proposta para execução do lote 3 do Pregão, R\$ 580.000,00. Nada obstante, foi desclassificada por não ter comprovado a capacidade técnica objeto da alínea “b”, do item VII, do subitem

7.1.1 do Edital, a saber, “Execução de passeios de concreto de 8,00 cm de espessura”.

Porém, afirma ter comprovado a capacidade técnica de execução de serviços mais complexos, tais como execução de pavimento rígido com 20 cm de espessura. Comprovou, ainda, ter executado passeios de concreto de 5 cm de espessura. Argumenta que seu acervo técnico comprova a execução de obras mais complexas e similares, sendo injusta a sua inabilitação. Ou seja, sua desclassificação teria decorrido de um “evidente formalismo exacerbado”. (...)

Entendo que o ponto central de discussão não é a aferição da estrita obediência às cláusulas editalícias de habilitação técnica, mas o excesso de formalismo na habilitação das empresas participantes do Pregão. (...)

Nesse contexto, não se justifica a inabilitação de empresa que, conforme já relatado, apresentou atestado que comprovam a execução pavimento rígido de concreto de 20 cm, contrapiso de 8 cm e calçada de 5 cm. (...)

Dessa forma, **considero procedente a representação, uma vez que a inabilitação da empresa Shox do Brasil Construções Ltda. decorreu de excesso de formalismo, incompatível com a complexidade dos serviços contratados e com a modalidade licitatória escolhida pela NOVACAP.**

Assim, entendo que a Corte deve determinar a anulação do ato de inabilitação da empresa Shox do Brasil Construções Ltda., habilitando, em consequência, a representante no lote 03 do Pregão Presencial nº 007/2016.

Não se pode admitir a inabilitação de uma empresa que comprovou documentalmente sua capacidade técnica para executar o objeto da licitação. Aliás, a REPRESENTANTE, diligente como sempre foi, providenciou um memorial descritivo dos serviços prestados e comprovados pelos atestados, justamente para deixar ainda mais clara sua capacidade técnica, pormenorizando os serviços em seus quantitativos e qualitativos.

Assim, não há que se falar em descumprimento do item 14.13, do instrumento convocatório. Medida que se impõe, portanto, é a de determinação da anulação da inabilitação da empresa URBANA, com a retomada do certame para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

2.5. Das limitações ao formalismo exacerbado

A Administração deve agir, sempre, buscando evitar a aplicação de rigor excessivo ou de formalismo exacerbado na condução dos processos licitatórios que realiza.

O excesso de zelo e o formalismo desnecessário do gestor público, na elaboração dos editais e no julgamento na fase de habilitação, poderá ser prejudicial tanto para a própria Administração quanto para os licitantes interessados.

Alguns rigores editalícios ou de julgamento podem causar a inabilitação de muitas empresas, o que seria totalmente contrário aos objetivos do processo licitatório, que deve, diuturnamente, buscar ampliar a competitividade do torneio, e não o contrário.

Acompanhados por Marçal Justen Filho, é de se ter o entendimento de que:

“A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. (...) Na ânsia de evitar omitir regras necessárias, a Administração transforma os editais em amontoados de exigências inúteis, com formalismos desarrazoados e requisitos meramente ritualísticos. Muitas vezes os editais parecem retratar a intenção de garantir para a Administração, por via oculta e indireta, o poder de decidir arbitrariamente, a faculdade de excluir imotivadamente os licitantes incômodos ou antipáticos. Isto é um despropósito (...). O resultado é o surgimento de conflitos intermináveis, a exclusão de licitantes idôneos, a desclassificação de propostas vantajosas e assim por diante.”

De forma bastante incisiva, Carlos Pinto Coelho Motta, citando voto do então Ministro do Tribunal de Contas da União, Marcos Vinícios Vilaça, aduz que:

“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.” (COELHO MOTTA. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11. Ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 125.)

Pelo princípio do formalismo moderado, no curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve adotar formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, fazendo prevalecer o conteúdo sobre o formalismo extremo, sem deixar de lado as medidas essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Sobre o tema o eg. Tribunal de Contas da União já se posicionou:

“É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame.”

E mais:

“Ao privilegiar o princípio do formalismo moderado, e ao sopesar que os princípios da economicidade e da eficiência sobrepujam a ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, entendo que não há óbices ao prosseguimento dessa contratação”. O Plenário do Tribunal, em consonância com a proposta do relator, não conheceu dos embargos declaratórios e manteve o acórdão recorrido em seus exatos termos.” (Acórdão nº 2738/2015-Plenário, TC 011.586/2015-0**)

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.” (Acórdão 357/2015 – Plenário**)

“Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências.” (Acórdão 2302/2012 – Plenário**)

“O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa.” (Acórdão 8482/2013 – 1ª Câmara)**

“O formalismo moderado nos certames licitatórios é fortemente incentivado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, que compreende ser a diligência “medida simples que privilegia a obtenção da proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas”. (Acórdão nº 2159/2016 – TCU – Plenário.

A inabilitação indevida da REPRESENTANTE pode resultar na **contratação de uma proposta pior classificada no certame** – ou seja, **DANO AO ERÁRIO** e **descumprimento ao dever de contratação da proposta mais vantajosa**.

Além disso, imprescindível relembrar que a Administração Pública nas licitações e contratações é pautada pelo rigor da legislação e princípios basilares, mas, não pode abdicar da proposta mais vantajosa por **rigorismo exacerbado**. Com isso, o **formalismo exacerbado vai de encontro aos princípios da competitividade, isonomia, impedindo o alcance da proposta mais vantajosa como uma das finalidades da licitação**. Sobre esse assunto, o TCU afirma no Acórdão 357/2015 – Plenário:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Nesses termos, sobre o rigor formal nas licitações, o Acórdão 2302/2012- TCU Plenário:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências.

Ademais, o excesso de formalismo na apressada decisão de inabilitação da REPRESENTANTE não tem guarida nos entendimentos consolidados pela Jurisprudência especializada justamente para tornar a licitação menos formalista, buscando-se mais a consecução da **finalidade do certame** do que o **cumprimento cego e desrazoável** de exigências meramente formais.

Nesse sentido, verifica-se que é de observância obrigatória o aqui exposto, devendo a Administração evitar, a todo custo, o rigor excessivo ou o formalismo exacerbado nas licitações públicas, devendo rever a decisão até aqui adotada para passar a considerar HABILITADA a REPRESENTANTE, principalmente em virtude da decisão que será proferida no âmbito dessa eg. Corte de Contas para orientar a NOVACAP sobre o caminho da legalidade e da economicidade que ela deve seguir.

2.6. Do dever constitucional de fixar apenas exigências mínimas

A Constituição Federal estabelece, no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

Art. 37 (*omissis*)

X-I - 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**;

Não se pode perder de vista, portanto, que quaisquer exigências fora do que é necessário para o atendimento da finalidade específica almejada pela Administração **pode ser tida como inconstitucional**.

Não há dúvidas, portanto, que a NOVACAP está infringindo a legislação. O que se **que visa com a presente Representação é apenas e tão somente contribuir com a ampliação à competitividade no certame**.

Observe-se, ainda, que o **princípio da razoabilidade** fomenta o cuidado para que nenhum critério de seleção viole os princípios da legalidade e da competitividade por exigir, por exemplo, comprovações que frustram o caráter competitivo do certame.

Sendo assim, à medida que se impõe é a procedência desta Representação para que se determine a anulação do ato ilegal de inabilitação da URBANA, mas não sem antes de conceder a cautelar adiante descrita.

2.7. Do dever da melhor administração e da escolha da melhor decisão – PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

A Administração deve pautar sempre as decisões que toma orientada pelo dever de boa administração. Aliás, até mais que isso.

Sérgio Ferraz, a respeito do tema, afirma que:

“A Administração Pública tem, dentre as suas várias linhas principiológicas ou balizadoras, o dever de bem administrar, que não se satisfaz com a simples boa administração: é o dever da melhor administração. Em face de quatro ou cinco hipóteses boas, há uma que é a melhor sempre e essa é a única que pode ser adotada, seja pelo administrador, seja pelo juiz. E se essa é a única que pode ser adotada, o juiz tem mais que o poder, tem o dever de desfazer a decisão, quando a única não tiver sido escolhida, ainda que tenha sido escolhida uma boa, ainda que ele não possa ditar, em razão das limitações da função jurisdicional que exerce, qual a melhor para que seja seguida. Mas tem o poder constitucional de desfazer aquela que não é a melhor.” (RDA 165).

Desta forma, deve-se manter a classificação da proposta de preços da ora REPRESENTANTE, visto que esta é a decisão que melhor atende aos princípios da proposta mais vantajosa.

Conforme já exposto, a diferença de valores da proposta da REPRESENTANTE com relação à segunda colocada, **é de R\$ 673.193,11 (seiscientos e setenta e três mil, cento e noventa e três reais e onze centavos)**, somando os lotes 11 e 12, ora em disputa.

Como pode se observar também nesse ponto, acaso a Administração leve adiante o certame, nos moldes em que se encontra, causará prejuízos ao erário por não selecionar a proposta que seria a mais vantajosa não somente quanto ao preço, mas também quanto aos demais requisitos fixados no instrumento convocatório.

O Tribunal de Contas da União vai na mesma linha:

“1. O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa, obedecidos 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.” (ACÓRDÃO TCU 357/2015)

Novamente, o Tribunal de Contas da União aponta a necessidade de observância do princípio, além de chamar atenção para outros parâmetros que a administração pode observar quando da realização de certames públicos, como indicado pela ora REPRESENTANTE:

1. **O intuito basilar** dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública **é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa**, obedecidos 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.
2. No curso de procedimentos licitatórios, **a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.**⁶

Além dos entendimentos do TCU sobre o tema, a jurisprudência não especializada vai ao encontro do esposado nesta Representação. Veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO

⁶ [ACÓRDÃO TCU 357/2015](#)

ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes.

3. Segurança concedida**

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO. INTERESSE MAIOR DA ADMINISTRAÇÃO E DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INDEVIDA INABILITAÇÃO DE CONCORRENTE. ANULAÇÃO PARCIAL. PODER-DEVER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA.

“ . "A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta" (STJ: MS n. 5.869/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 07.10.2002).

2. Considerando que, consoante previsto pelo próprio órgão emitente, a utilização do Certificado de Regularidade do FGTS para os fins previstos em lei, está condicionada à verificação de autenticidade no site, uma vez verificada a autenticidade e a efetiva regularidade da empresa

concorrente, configura excesso de formalismo a inabilitação da licitante que apresentou certificado com data de validade vencida, conforme reconheceu a própria Administração, havendo de prevalecer, no caso, o interesse público da melhor contratação.

3. Tendo em vista que, quanto ao comprovante de recolhimento da quantia de 5% (cinco por cento) da avaliação mínima, foi constatado que a empresa concorrente de fato havia apresentado o documento, tendo a comissão de licitação se equivocado quanto a sua falta, apresenta-se legítimo o ato da Administração que, no exercício do seu poder-dever de autotutela e em face da supremacia do interesse público, anulou o procedimento licitatório, na parte em que inabilitou a empresa por tal fundamento.

3. Sentença confirmada.

4. Apelação desprovid**

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 28, III, E 41 DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA. HABILITAÇÃO JURÍDICA COMPROVADA. ATENDIMENTO DA FINALIDADE LEGAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. A Lei 8.666/93 exige, para a demonstração da habilitação jurídica de sociedade empresária, a apresentação do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado (art. 28, III).

2. A RECORRIDA APRESENTOU O CONTRATO SOCIAL ORIGINAL E CERTIDÃO SIMPLIFICADA EXPEDIDA PELA JUNTA COMERCIAL, DEVIDAMENTE AUTENTICADA, CONTENDO TODOS OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À ANÁLISE DE SUA IDONEIDADE JURÍDICA (NOME

EMPRESARIAL, DATA DO ARQUIVAMENTO DO ATO CONSTITUTIVO E DO INÍCIO DAS ATIVIDADES, OBJETO SOCIAL DETALHADO, CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO E ADMINISTRADORES).

3. INEXISTE VIOLAÇÃO DA LEI OU DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, PORQUANTO A RECORRIDA DEMONSTROU SUA CAPACIDADE JURÍDICA E ATENDEU, SATISFATORIAMENTE, À FINALIDADE DA REGRA POSITIVADA NO ART. 28, III, DA LEI 8.666/93.

4. A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art. 41).

Contudo, RIGORISMOS FORMAIS EXTREMOS E EXIGÊNCIAS INÚTEIS NÃO PODEM CONDUZIR A INTERPRETAÇÃO CONTRÁRIA À FINALIDADE DA LEI, NOTADAMENTE EM SE TRATANDO DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA, DO TIPO MENOR PREÇO, 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).

5. Recurso especial desprovid**

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – CARTA-CONVITE GEREC/BA NO 010/91 – FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DOS ENVELOPES – OMISSÃO SANÁVEL – ILEGALIDADE – INTERESSE PÚBLICO.

1 – Não deve ser desclassificada da licitação a licitante que simplesmente deixa de identificar os envelopes apresentados de acordo com a exigência editalícia (letras A e B), porquanto a omissão poderia ter sido

sanada no momento do recebimento dos documentos, sem prejuízo da legalidade do procedimento.

2 – A INTERPRETAÇÃO LITERAL DA NORMA EDITALÍCIA DEVE SE SUBMETTER AOS FINS ÚLTIMOS DA LICITAÇÃO, QUE É A SELEÇÃO DA PROPOSTA QUE MELHOR ATENDA AOS INTERESSES PÚBLICOS, SENDO DE SE RELEVAR MERA IRREGULARIDADE FORMAL.

3– Licitação anulada. Sentença confirmada.

Bem destaca os contornos do princípio do formalismo Marçal Justen Filho, ao aduzir que:

Significa que o critério para decisão de cada fase deve ser a vantagem da Administração. Isso acarreta a irrelevância do puro e simples ‘formalismo’ do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. O formalismo do procedimento licitatório encontra o conteúdo na seleção da

proposta mais vantajosa. Assim, a série formal de atos se estrutura e se orienta pelo fim objetivado. Ademais, será nulo o procedimento licitatório quando qualquer fase não for concretamente orientada para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.⁷

Assim é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 41 DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA. SESSÃO PÚBLICA DE RECEBIMENTO DOS ENVELOPES. ATRASO NÃO-VERIFICADO. DOCTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO. (...)

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. ps. 65/66 e 77/78

3. Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, 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).

4. Recurso especial desprovido.⁸

Dessa forma, com a inabilitação ilegal da REPRESENTANTE, haverá violação direta e inequívoca ao comando legal, posto que a licitação em curso já possui licitante que preencheu todos os requisitos editalícios, apresentou a melhor proposta para a Administração, com o menor preço, e toda a documentação de habilitação exigida. Essa licitante é a REPRESENTANTE.

Com isso, a NOVACAP tem o dever legal de aproveitar a proposta mais vantajosa, evitando, inclusive, custos adicionais que causarão prejuízo ao erário em caso de desfazimento ilegal do certame.

Sendo assim, medida que se impõe é a procedência desta Representação para que anule o ato ilegal de inabilitação da ora REPRESENTANTE, assim como para que determine o retorno à fase imediatamente anterior à inabilitação, em observância a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

3. DA MEDIDA CAUTELAR

Dispõe o art. 277 do Regimento Interno dessa eg. Corte que pode ser adotada medida cautelar, em especial nos casos de *urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito*.

⁸ (REsp 797.179/MT, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 07/11/2006, p. 253)

A primeira questão que se coloca diz respeito ao perigo da demora em aguardar decisão de mérito no curso regular do processo. Ou seja, **há urgência** em decidir o presente caso concreto, mesmo que, neste primeiro momento, apenas a título precário.

É que a licitação em si já foi concluída, com a inabilitação indevida da REPRESENTANTE, sendo que ela é quem possui a proposta mais vantajosa para a Administração. Noutras palavras: o prosseguimento do certame, tal e qual se encontra, irá gerar **dano ao erário** do Distrito Federal em virtude da contratação de empresa que possui proposta de valor mais elevado que a URBANA. E isso não pode passar ao largo do exame precioso dessa nobre Corte de Contas.

Também por essa razão, está preenchido o fundado receito de grave lesão ao erário.

Não se olvide, ainda, a frustração ao interesse público em razão da inabilitação da REPRESENTANTE por suposta ausência de capacidade técnica. Tudo o que era necessário comprovar está nos autos do processo licitatório! A REPRESENTANTE atende a todos os requisitos editalícios e possui a proposta mais vantajosa para a Administração!

Aguardar o deslinde do processo nos presentes autos significa pôr em risco a ineficácia da decisão de mérito, pelo simples fato de que, daqui a um ano, após a regular instrução do processo, o contrato já terá sido celebrado e, no máximo, apurar-se-á a responsabilidade interna do agente público que deu azo a contratação danosa ao erário do Distrito Federal, quando se pode resolver a questão agora!

Ante a urgência de apreciação do caso, o Regimento Interno dessa eg. Casa de Contas também autoriza a adoção da medida *inaudita altera pars*, *in verbis*:

Art. 116. As pautas de processos passíveis de apreciação e julgamento nas sessões ordinárias, extraordinárias, administrativas e reservadas serão organizadas pela Secretaria das Sessões, sob a supervisão do Presidente do Tribunal, observadas a ordem de antiguidade dos relatores e a forma de apreciação dos processos. [...]

§ 5º Prescinde de publicação em órgão oficial a inclusão em pauta de processos: [...]

–I - que determinem medida cautelar urgente, justificadoras de sua adoção sem prévio estabelecimento do contraditório (*inaudita altera pars*);

A verossimilhança das alegações da URBANA decorre da violação da lei e do próprio edital, comprovada pelos documentos que acompanham esta Representação.

Em síntese: deve-se obstar a assinatura do contrato pretendida pela Administração, em caráter cautelar, porque danoso ao erário e com preterição de licitante que atende aos termos editalícios e apresentou proposta mais vantajosa no certame.

Vale lembrar que o Lote 1 já foi adjudicado à empresa (até aqui) considerada vencedora.

Há situações em que a espera do provimento final pode comprometer a eficácia da medida, tal como a que ora se apresenta, pois se o contrato for assinado e a obra tiver início, mesmo com licitação viciada, dificilmente se reverterá o dano causado ao erário.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se a Vossa Excelência, conhecendo da presente REPRESENTAÇÃO:

a) EM CAUTELAR:

a.1) **SUSPENDER**, no estágio em que encontra, o andamento dos lotes 1, 2, 4, 6, 8 e 10 do Pregão Eletrônico nº 39/2022, ante as diversas ilegalidades aqui indicadas, até ulterior decisão por parte dessa eg. Corte de Contas;

a.2.) **SUSPENDER**, no estágio em que encontram, os efeitos das eventuais atas de registro de preços assinadas e/ou dos atos preparatórios à assinatura das atas e dos contratos e, caso já tenham sido celebrados, dos respectivos contratos assinados com as empresas até o momento declaradas vencedoras dos lotes 1, 2, 4, 6, 8 e 10 do Pregão Eletrônico nº 39/2022, ante as diversas ilegalidades aqui indicadas, até ulterior decisão por parte dessa eg. Corte de Contas;

b) NO MÉRITO:

b.1) **DETERMINAR** que a Administração anule todos os atos posteriores à inabilitação da URBANA, em face de esta ter atendido a todos os requisitos editalícios, retomando a fase respectiva para, habilitando-a, dar prosseguimento ao certame para aferir a proposta mais vantajosa para a Administração e, ato contínuo, respeitando a lei e o edital, celebrar os respectivos contratos administrativos, referentes aos lotes 01,

02, 04, 06, 08 e 10 do Pregão Eletrônico nº 39/2022;

OU, se assim não entender

b.2) **DETERMINAR** que a Administração convoque a URBANA para apresentar proposta mais vantajosa à Administração após a escoima, à vista do mandamento legal dos arts. 44 e 45 da Lei Complementar Federal nº 123/2006, para, após o exercício do direito de preferência pela REPRESENTANTE, dar prosseguimento ao certame e, ato contínuo, respeitando a lei e o edital, celebrar os respectivos contratos administrativos, referentes aos lotes 01, 02, 04, 06, 08 e 10 do Pregão Eletrônico nº 39/2022;

OU, se assim não entender

b.3) **DETERMINAR** a reabertura da fase de lances dos lotes 01, 02, 04, 06, 08 e 10, para que possa ser novamente realizada a fase e se selecione a proposta mais vantajosa para a Administração;

OU, se ainda assim não entender

b.4) **DETERMINAR** que a Administração promova o cancelamento de todos os lances e seja reaberta uma nova fase de lances;

OU, se ainda assim não entender

b.5) **DETERMINAR** que a Administração cancele este Pregão Eletrônico nº 39/2022, pelas razões aqui expostas, e seja determinado que se proceda um novo certame.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 12 de setembro de 2023.

LUÍS FILIPE TAVEIRA MOREIRA DA FONSECA

OAB/DF Nº 56.408



KARINA AMORIM SAMPAIO COSTA

OAB/DF Nº 23.803