

- 6.3. Que Vossa Excelência possa responder - MOTIVADA E FUNDAMENTADAMENTE se houve mácula aos PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, como invocado no presente recurso
- 6.4. Que Vossa Excelência possa responder - MOTIVADA E FUNDAMENTADAMENTE se houve mácula aos PRINCÍPIO DA VINCULDAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, como invocado no presente recurso
- 6.5. Que Vossa Excelência possa responder - MOTIVADA E FUNDAMENTADAMENTE se houve mácula aos PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE como invocados no presente recurso;
- 6.6. Que a Recorrente, **PLAESA PLANEJAMENTO E SERVIÇOS ESPECIAIS SANITÁRIOS LTDA - EPP**, possa receber no prazo legal, por escrito e com as devidas fundamentações a resposta ao RECURSO ADMINISTRATIVO aqui apresentado.

Sem mais para o momento, externamos votos de grande estima e consideração.

Atenciosamente,


Lauro Bandeira Lima Filho

CPF 261.435.693-04


Carlos **Henrique** de Castro **Ehrich**

OAB/CE 11.834



Fortaleza, 29 de agosto de 2016

Exmª Srª

Rosicleia da Silva Magalhães

M.D. Presidente da Comissão de Licitação do Município de Barroquinha/CE

Referente Tomada de Preços 05.006/2016

RECEBIDO EM:
30/08/2016
Dra. Rosicleia da Silva Magalhães

Excelentíssima Senhora,

PLAESA PLANEJAMENTO E SERVIÇOS ESPECIAIS SANITÁRIOS LTDA - EPP, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 01.904.717/0001-20, já devidamente qualificada no processo licitatório com numeração em epígrafe, vem a presença de Vossa Excelência por conduto de seu representante legal, com fulcro no item 12 do edital de Tomada de Preços com numeração em epígrafe, no artigo 109 da Lei nº 8.666/93, na Lei 12.527 de 18/11/2011 e na Lei 9.784 de 20/01/1999, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra decisão do Presidente da Comissão de Licitação que **HABILITOU** a empresa **BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME**, pelos seguintes fatos e fundamentos:

1. Da Tempestividade do Recurso

O item 12 dispõe que das decisões proferidas pela Comissão Permanente de Licitação caberão recursos nos termos do art. 109 da lei 8.666/93. Por sua vez o artigo 109 determina que caberá recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de habilitação ou inabilitação do licitante. A intimação relativa à decisão que habilitou a empresa Recorrida se deu no dia 24/08/16 Como hoje é dia 30 de agosto de 2016, conclui-se que o presente Recurso é tempestivo.

2. Das Razões Relativas à Inabilitação da Empresa BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME.

Senhor Pregoeiro, a habilitação da Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME, não pode ser acolhida, em face de descumprimento das exigências editalícias, conforme será demonstrado a seguir.

2.1 A empresa BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME não atende integralmente ao item 3.4.2.2.1 constante do Edital.

O item 3.4.2.2.1 constante do edital assim dispõe, *in verbis*:

Para fins da comprovação de que trata este subitem são consideradas parcelas de maior relevância:

- Coleta e Transporte dos Resíduos sólidos domiciliares;
- Varrição manual de vias, Logradouros públicos e praias

A empresa BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME não comprova que seu Engenheiro Responsável, Doutor ANDRÉ LUIZ NUNES AGUIAR possui comprovação de atendimento ao item 3.4.2.2.1.

Na folha 454 do processo administrativo, a Licitante apresenta apenas uma única CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO - CAT, conforme Resolução nº 1.025 de 30 de outubro de 2009. Esta certidão remete ao serviço que foi executado, *in casu*, no Município de Poranga/CE; no item atividade técnica, informações complementares (ART) vê-se que há menção ao contrato nº 0409.01/2013. Na folha 455 é apresentado o atestado de capacidade técnica emitido pelo Município de Poranga, neste atestado não consta a exigência contida no item 3.4.2.2.1 que é varrição manual de vias, logradouros e praias.

Reitera-se, a Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA apresentou um único acervo, em descompasso com a exigência editalícia, ou seja, não consta a COMPROVAÇÃO de varrição em PRAIAS.

No presente caso, o Município de Poranga/CE se situa bem distante da orla marítima, sendo circunvizinhado pelos Municípios de Croatá, Ararendá e Nova Russas, longe do litoral.

Deve ser destacado o item 3.4.2.2 do edital, que foi copiado e colado ao presente Recurso, *in verbis*:

3.4.2.2 - Comprovação do licitante de possuir como responsável técnico, na data prevista para a entrega dos documentos, profissionalista de nível superior ou (outros(is) reconhecido(s) pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, conforme o caso, detentor de no mínimo de 01(um) atestado ou certidão de responsabilidade técnica, com o respectivo acervo expedido pelo CREA, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprovem ter obra profissionalista, obras ou serviços de engenharia de características técnicas similares as do objeto ora licitado, atinentes às respectivas parcelas de maior relevância, não se admitindo atestados de fiscalização ou supervisão de obras/serviços.

3.4.2.2.1 - Para fins da comprovação de que trata este subitem são consideradas parcelas de maior relevância:

O edital exige no item 3.4.2.2 que o Profissional Responsável Técnico **comprove** ter executado limpeza de praia, e destaque-se, que comprova é o CREA/CE, e isto não ocorreu.

Por clara afronta ao item 3.4.2.2. e item 3.4.2.2.1 do edital a Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA deve ser INABILITADA.

Pergunta-se a Vossa Excelência:

2.1.1. Por qual razão a Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA foi habilitada no presente certame licitatório, quando se vê claramente que esta não possui comprovação perante o CREA/CE (vide folhas 454 e 455) como exige o edital, de limpeza de praia?

2.2 O CNAE da empresa BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME encontra-se em DESACORDO com o objeto da presente licitação - Mácula ao item 2.1 do Edital

O Objeto da presente licitação é a contratação de empresa para executar serviços de limpeza, coleta e transporte do lixo no Município de Barroquinha.

Analisando o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da empresa BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME percebe-se que o

objeto da presente licitação não se encontra na descrição das atividades principal e secundárias da mencionada empresa. O Cartão do CNPJ que se questiona repousa na folha 422 do processo licitatório.

Ao verificar o CNAE da empresa acima mencionada, verifica-se que a atividade econômica principal trata-se de Comércio varejista de materiais de construção em geral, cuja classe corresponde ao Código 4744-0¹. Verifica-se ainda que as atividades econômicas secundárias tratam-se de "Comércio varejista de madeira e artefatos, Comércio varejista de materiais hidráulicos, Comércio varejista de material elétrico, Construção de edifícios, Construção de instalações esportivas e recreativas e outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente."

Analisando o CONCLA, percebe-se que o item correspondente à limpeza, coleta e transporte de lixo refere-se ao CNAE cujo grupo é o 381 - Coleta de Resíduos, e cuja classe é a 3811-4 - Coleta de Resíduos Não Perigosos.

A classe 3811-4 compreende², *in verbis*:

Esta classe compreende:

- a coleta de resíduos não-perigosos de origem doméstica, urbana ou industrial por meio de lixeiras, veículos, caçambas, etc
- a coleta de materiais recuperáveis
- a coleta de resíduos em pequenas lixeiras públicas

Esta classe compreende também:

- a coleta de entulhos e refugos de obras e de demolições
- a operação de estações de transferência de resíduos não-perigosos, que são unidades responsáveis pelo armazenamento temporário e a transferência definitiva de resíduos não-perigosos para os aterros e lixões.

Portanto conclui-se que a licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME possui atividade diversa do objeto da licitação, em desacordo com o item 2.1. do edital, devendo portanto ser **INABILITADA** no presente certame licitatório.

¹ <http://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?classe=47440&tipo=cnae&versao=9&view=classe>

² <http://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=classe&tipo=cnae&versao=9&classe=38114>

Pergunta-se a Vossa Excelência:

- 2.2.1. Como pode uma empresa como atividade principal de seu CNPJ (vide folha 422) o comércio varejista de materiais de construção em geral e não constar em seu Código e Descrição das Atividades Econômicas Secundárias coleta e transporte de lixo cujo grupo é o 381 - Coleta de Resíduos, e cuja classe é a 3811-4 - Coleta de Resíduos Não Perigosos, ser habilitada?

3. Da Mácula ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

O Artigo 3º Caput da Lei 8.666/93 apresenta vários Princípios que norteia a Licitação Pública, dentre eles o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Trata-se de uma segurança para o Licitante e para o interesse público, extraída do Princípio do Procedimento Formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

A Constituição Federal brasileira determina que a Administração Pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Explicita ainda a Constituição a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

Para regulamentar o procedimento da licitação exigido constitucionalmente, foi inicialmente editada a Lei n. 8.666/1993. Seja qual for a modalidade adotada, deve-se garantir a observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei nº 8.666/1993.

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

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 mesmo autor prossegue no exame da questão, e reforça sua argumentação a respeito da vinculação do edital com o art. 41, §2º, da Lei 8.666/93:

Ali, fixa-se prazo para que o licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado esse prazo, decairá o participante da licitação do direito de impugná-lo. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode esperar pela sua inabilitação ou desclassificação para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo" (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.417).

No caso presente, a Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA não obedeceu o que dita o item 3.4.2.2. e 3.4.2.2.1 do edital, ao apresentar acervo técnico registrado no CREA/CE em desacordo com o que exige o edital.

O TRF1 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".(grifos e negritos nossos)

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. ".(grifos e negritos nossos)

Por fim, 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 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. (grifos e negritos nossos)

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

A Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA não observou exigência editalícia explícita, maculando os itens 3.4.2.2. e 3.4.2.2.1 do edital.

Como se sabe 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. A empresa BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA não atendeu o disposto no edital, pois não comprovou ter efetuado através de seu engenheiro limpeza de praia, como exige o edital.

Por fim deve ser destacado que há lógica na exigência editalícia (LIMPEZA DE PRAIA), pois o Município de Barroquinha é banhado por lindas praias, e que devem ser limpas, e a empresa a ser contratada deve comprovar possuir conhecimento pretérito deste serviço. A Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA não comprovou ter feito este serviço, e o único acervo apresentado foi um serviço realizado na cidade de PORANGA/CE, que fica a muitos quilômetros do litoral.

Por mácula ao Princípio Legal da Vinculação ao Instrumento Convocatório, deve a Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA ser INABILITADA.

4. Da Mácula ao Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade impõe à administração pública a obediência estrita à lei. Assim, todos os seus atos devem estar de acordo com a lei, não sendo possível contrariá-la nem tratar de tema não previsto em lei. Trata-se de uma garantia do indivíduo contra excessivas restrições à sua liberdade, uma vez que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Observe-se, portanto, que somente a lei pode ser fonte primária de obrigações, ou seja, todas as obrigações impostas aos indivíduos devem ter origem legal. Isso, porém, não impede que os atos editados pela administração pública (regulamentares ou apenas normativos) fixem obrigações; mas estas devem ser secundárias, ou seja, decorrentes de explícita permissão legal.

O Princípio da Legalidade incide de forma diversa para a administração pública e para os indivíduos. Enquanto, no primeiro caso, a lei é o limite positivo da atuação, devendo toda a atuação administrativa estar abrangida em seus ditames, no segundo caso, a lei é o limite negativo, ou seja, tudo aquilo que não está proibido por lei, está automaticamente permitido.

No caso concreto a Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA não obedeceu o que dita o item 3.4.2.2. e 3.4.2.2.1 do edital, ao apresentar acervo técnico registrado no CREA/CE em desacordo com o que exige o edital, maculando o Princípio da Legalidade, devendo ser INABILITADA.

5. Não Observância a Exigência do Edital - Mácula ao Princípio da Razoabilidade

A Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo administrativo na União, prevê a obediência de vários aspectos constitucionais, dentre eles o da Razoabilidade previsto no *caput* do artigo 2º³, *in verbis*:

Art. 2º. A administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **RAZOABILIDADE**, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Antes que se apresente onde o Princípio da Razoabilidade está fendido, é importante tecer algumas linhas sobre este Princípio.

O Princípio da Razoabilidade, apesar de ser um princípio implícito em nosso ordenamento jurídico, vem se mostrando de extrema importância no que diz respeito ao controle dos atos administrativos.

³ Negrito e caixa alta nossa e não previstos no original

Tal princípio, procura ajustar a discricionariedade própria dos atos da Administração Pública ao caso concreto, fazendo com que esses atos sejam cobertos de legalidade, mas também de bom senso, limites e justiça.

Esse é o princípio da razão. A Administração Pública não deve usar seu poder discricionário para fazer o que bem entende e como bem entende, mas deve utilizá-lo de acordo com o senso comum, com os costumes, visando propiciar o bem social.

Existe nesse Princípio a necessidade de demonstrar o meio menos gravoso para conseguir o fim almejado. Apesar da supremacia do interesse público ser superior ao interesse do particular, deve-se procurar, no caso concreto, a melhor maneira de se conseguir esse fim sem prejudicar, pelo menos de maneira tão agressiva, esse particular, visto que nem sempre os fins justificam os meios.

Mas, infelizmente, quando isso vier a ocorrer e esses atos chegarem à ilegalidade, o Judiciário poderá apreciá-los, tendo em vista que a razoabilidade deriva do princípio do devido processo legal.

É o que discorre o ilustre doutrinador José Carlos Barbosa Moreira:

"Resguardado atualmente por prescrição constitucional, pode-se compreender como a garantia do devido processo legal influiu para o reconhecimento do direito de ação como este direito de se acionar a força jurisdicional do Estado em face do réu, pois a filosofia do princípio em questão basila-se justamente na tentativa de se conter os desmandos do Poder Público, fazendo exercer este de forma correta e prestativa a devida jurisdição. Assim sendo, caso o poder estatal venha a prejudicar o indivíduo de qualquer forma na qual se possa entrever injustiça ou arbítrio desmedido, possui o cidadão direito de ação contra este ato estatal, independente de possuir ou não o direito material, pois isto será averiguado quando do julgamento de mérito do pedido. Cumpre-se notar que a importância desta teoria reside em poder o indivíduo acionar a jurisdição estatal, para, tendo em vista a imagem de freios e contrapesos, fazer cessar ofensa a direito seu" (MOREIRA,

JB

B

José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1977. p. 7)

É nesse contexto que discorrem os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

"Nesse aspecto é que assumem relevância os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, apontados pela doutrina, sem exceção, como as maiores limitações impostas ao poder discricionário da Administração. Por meio desses princípios, impõem-se limitações à discricionabilidade administrativa, ampliando-se os aspectos de controle do ato administrativo realizado pelo Poder Judiciário."(Direito Administrativo. Marcelo Alexandrino e Vicente Pulo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.115)

Sendo um dos Princípios de maior importância para o Direito Administrativo, no sentido de resguardar os cidadãos contra atos abusivos da Administração, devemos procurar conhecê-lo e aplicá-lo cada vez mais no cotidiano administrativo, além de saber a real motivação de cada ato, pois é a partir daí que saberemos o que é legal e o que é abusivo.

Novamente, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino e temos o seguinte:

"O princípio da razoabilidade conduz às idéias de adequação e de necessidade. Assim, não basta que o ato da Administração tenha uma finalidade legítima. É necessário que os meios empregados pela Administração sejam adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização, especialmente quando se trata de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária".(Direito Administrativo. Marcelo Alexandrino e Vicente Pulo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.115)

No caso concreto a Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA não obedeceu o que dita o item 3.4.2.2. e 3.4.2.2.1 do edital, ao apresentar acervo técnico registrado no CREA/CE em desacordo com o que exige o edital, maculando o Princípio da Razoabilidade. Não é justo nem legal que a

Licitante em tela possa ser habilitada quando descumpriu frontalmente o que dita o edital, e com isto, há também mácula ao Princípio da Razoabilidade.

6. Dos Pedidos

Diante do exposto, requer a Vossa Excelência;

- 6.1. A INABILITAÇÃO da empresa BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME por descumprimento aos itens 3.4.2.2. e 3.4.2.2.1 do edital;
- 6.2. Que Vossa Excelência, em face do disposto na Lei 12.527/11 artigo 7º, inciso VI, §§3º e 4º e artigo 10 e da Lei 9.784/99 artigos 6ºIV, artigo 25 VI, Artigo 31 §2º e artigo 50 caput e incisos I e V FUNDAMENTE E MOTIVE suas resposta, como exigem as Leis apresentadas e suas consequências jurídicas. Abaixo reproduzimos as perguntas que foram apresentadas preteritamente e que são reiteradas:
 - 2.1.1. Por qual razão a Licitante BENÍCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA foi habilitada no presente certame licitatório, quando se vê claramente que esta não possui comprovação perante o CREA/CE (vide folhas 454 e 455) como exige o edital, de limpeza de praia?
 - 2.2.1. Como pode uma empresa como atividade principal de seu CNPJ (vide folha 422) o comércio varejista de materiais de construção em geral e não constar em seu Código e Descrição das Atividades Econômicas Secundárias coleta e transporte de lixo cujo grupo é o 381 - Coleta de Resíduos, e cuja classe é a 3811-4 - Coleta de Resíduos Não Perigosos, ser habilitada?