

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de São Joaquim do Estado de Santa Catarina,

Processo Licitatório nº 58/2019

Pregão Presencial nº 22/2019

DANIEL HUSEIN RIBEIRO ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF 29.364.449/0001-10, estabelecida em São Joaquim/SC, por seu sócio, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, dentro do prazo legal, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO,

com fulcro nos arts. 5º, XXXIV, alínea “a” e LV, da CF, combinados com as determinações contidas na Lei 8.666/93 e 10.520/02, bem como demais dispositivos legais pertinentes à matéria.

Inicialmente, urge ressaltar que a decisão proferida pela respeitável Comissão de Licitação é totalmente infundada e equivocada, uma vez que **inabilitou a empresa Licitante de forma ILEGAL e ABUSIVA**, ao simples argumento de que a licitante, ora Recorrente, “**possui vínculo (parentesco-filho) com o Sr. Rodrigo Pergher Ribeiro** cargo comissionado de chefe de secretaria particular da secretaria municipal de obras e viação, portanto usando do art. 37 da Constituição Federal de 1988 onde a ‘administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência’ **diante disso a pregoeira e equipe de apoio decidem pela inabilitação da empresa Daniel Husein Ribeiro**”. O que não deve prosperar.

LR

Assim, desde já, requer que seja o presente recurso dirigido à autoridade que lhe for imediatamente superior, caso a respeitável Comissão Licitatória, não se convença das razões abaixo formuladas e, conseqüentemente, não proceda com a reforma da decisão ora atacada.

DA TEMPESTIVIDADE

O presente Recurso Administrativo é plenamente tempestivo, uma vez que a Ata de Reunião da Comissão de Licitação ocorreu em 28.08.2019.

Portanto, sendo o prazo legal para a apresentação da presente medida recursal de 03 (três) dias, verifica-se que as razões ora formuladas são plenamente tempestivas, razão pela qual deve essa respeitável Comissão de Licitação conhecer e julgar o presente recurso.

DAS RAZÕES DO RECURSO

O presente recurso é interposto, tendo em vista a equivocada decisão proferida pela respeitável Comissão de Licitação, que de forma **ILEGAL** e **ABUSIVA** inabilitou a empresa licitante, ao simples argumento de que o sócio/proprietário da empresa Recorrente, possui parentesco – filho – com o servidor Rodrigo Pergher Ribeiro que exerce cargo comissionado na Secretaria Municipal de Obras e Viação do Município de São Joaquim.

Todavia, a presente decisão é inadmissível, vejamos.

Excelência, inicialmente, cumpre destacar que é notória a finalidade principal do Processo Licitatório, no qual se busca a escolha da proposta comercial mais vantajosa para a Administração Pública, o que certamente não está sendo respeitado no caso em tela.

Ademais, evitando uma contratação irregular e temerária, que poderá causar **prejuízo ao erário**, a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), em seu artigo 9º, **evidencia quais são os casos de impedimentos em procedimentos licitatórios**:

we

Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Verifica-se, portanto, que não há qualquer proibição expressa que parentes de servidores/agentes públicos participem de licitação ou contratem com a Administração Pública. Existe vedação explícita apenas em relação a participação do autor do projeto básico/executivo e empresas envolvidas, de servidores ou de dirigentes do órgão contratante, o que não é o caso.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho comentou o artigo 9º, mais precisamente o inciso III:

“8) Impedimento do Servidor e o Princípio da Moralidade.

Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes.” (JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2005, pg. 123)

Ademais, *in casu*, apesar de inexistir qualquer impedido legal para a participação da Recorrente no certame, resta cristalino ainda que a empresa Recorrente comprovou, de forma contundente, que preenche todos os requisitos estabelecidos no presente certame para sua habilitação, pois, demonstrou sua regularidade jurídica, fiscal, bem como sua qualificação técnica, ou seja, a empresa Recorrente preencheu, de forma contundente, os requisitos estabelecidos

na legislação vigente e no item 15 do edital, razão pela qual, **cai por terra qualquer decisão infundada para sua inabilitação.**

E mais, urge destacar que **não há qualquer vedação na Lei Orgânica do Município de São Joaquim para a contratação/participação em processo licitatório de empresa pertencente a parente de servidor público,** além disso, **não há vedação na Lei nº 8.666/93 que proíba empresa pertencente a parente de servidor público de participar do processo licitatório.**

Assim, *in casu*, é evidente que estamos diante de uma **decisão totalmente equivocada e infundada** proferida pela Comissão de Licitação, razão pela qual a referida decisão certamente não poderá ser mantida, **pois ao inabilitar a empresa Recorrente, ao simples argumento da existência de parentesco, infelizmente, estamos diante de flagrante ato ilegal que prejudica a devida concorrência e o direito da empresa Licitante.**

Ora, verifica-se indevido reputar-se, como de ordem absoluta, a presunção segundo a qual, o vínculo de integrante do quadro societário da Licitante com servidor público, por si só, caracterizaria preferência e/ou constituiria discriminação, parcialidade, afetando a igualdade de condições entre os participantes.

Excelência, considerar tal presunção como regra absoluta e inexorável, é entender que a simples participação de empresa, cujo quadro societário seja integrado por parente de servidor/agente público vinculado à entidade promotora da licitação, resultaria em favorecimento por parte dos demais servidores responsáveis pela condução do procedimento licitatório, ou, que o Administrador sempre dará preferência a um parente ou sócio em outras empresas, violando os princípios da moralidade administrativa e da isonomia. O que não procede.

Desta feita, **as hipóteses previstas no art. 9º da Lei nº 8.666/93, devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal,** em especial, os princípios orientadores dos procedimentos de contratação pública: isonomia, moralidade, ampla competitividade, livre iniciativa e economicidade, de modo a se reconhecer que não há uma presunção absoluta de privilégio espúrio à empresa que tenha em seu quadro societário pessoa que seja parente de servidor vinculado ao órgão promotor da licitação.

Assim, de acordo com tais premissas, é possível concluir

que O IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NAS LICITAÇÕES DE EMPRESAS PERTENCENTES A PARENTES DE SERVIDOR PÚBLICO INTEGRANTE DO ÓRGÃO PROMOTOR DO CERTAME, NÃO POSSUI PREVISÃO LEGAL, sendo ainda de ORDEM RELATIVA E NÃO ABSOLUTA, de modo que a infração aos princípios da moralidade e da isonomia (bem jurídico tutelado pela norma) só restará efetivamente configurada quando as circunstâncias do caso concreto evidenciarem o favoritismo espúrio ou a influência indevida do agente público em favor de seu parente, o que inexistente no caso.

Ademais, conforme já demonstrado, verifica-se que a Lei nº 8.666/93 em seu artigo 9º proíbe uma série de pessoas, ligadas direta ou indiretamente à Administração Pública, de participarem de licitação ou firmarem contratos administrativos.

Todavia, percebe-se claramente que **os incisos do artigo 9º da Lei nº 8.666/93 não proibem expressamente que empresas pertencentes a parentes de servidores públicos participem de licitação ou contratem com a Administração. Ela proíbe apenas o autor do projeto básico, empresa envolvida com o autor do projeto básico e os servidores ou dirigentes do órgão contratante.**

Enfim, **não há nada na Lei nº 8.666/93 que impeça que parentes de servidores públicos, mesmo do Prefeito ou do Vice-Prefeito, participem de licitação,** ou seja, a Lei nº 8.666/93 proíbe que os servidores participem de licitação, não os parentes deles.

Ademais, **ressalta-se que a Lei Orgânica do Município de São Joaquim não faz vedação alguma neste sentido,** ou seja, **não proíbe que empresas que tenham algum diretor/sócio com parentesco com servidor/agente público não possa participar de Licitações.**

Neste sentido, trago à baila a jurisprudência do STF e do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, respectivamente:

“é certo que o referido art. 9º não estabeleceu, expressamente, restrição à contratação com parentes dos administradores, razão por **que há doutrinadores que sustentam, com fundamento no princípio da legalidade, que não se pode impedir a participação de parentes nos procedimentos licitatórios, se estiverem presentes os demais**

pressupostos legais, em particular a existência de vários interessados em disputar o certame (Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. In: BLC: Boletim de licitação e contratos, v. 22, n. 3, p. 216-232, mar. 2009). Não obstante, entendendo que, em face da ausência de regra geral para este assunto, o que significa dizer que não há vedação ou permissão acerca do impedimento à participação em licitações em decorrência de parentesco, abre-se campo para a liberdade de atuação dos demais entes da federação, a fim de que eles legislem de acordo com suas particularidades locais (no caso dos Municípios, com fundamento no art. 30, II, da Constituição Federal), até que sobrevenha norma geral sobre o tema” (STF, RE n. 423.560, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j.29.5.12)

“Diante da omissão na Lei Orgânica e na legislação local, parentes do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores não podem ser impedidos de participar de licitação e contratar com a Municipalidade, não se estendendo essa possibilidade àqueles agentes políticos ou a pessoas jurídicas nas quais mantenham participação societária, em face do princípio da moralidade e da vedação contida no art. 9º da Lei Federal nº 8.666/93 em relação aos dirigentes de órgãos ou entidades promotoras da licitação.”(TCE-SC, Prejulgado 1102)

Assim, mostra-se temerário o posicionamento da Comissão de Licitação do Município de São Joaquim, ou seja, na inabilitação e no impedimento da participação da empresa Recorrente no processo licitatório pelo simples fato de ser constatado que no seu quadro societário é integrado por um parente do servidor/agente público, sem ter nenhum indício de favorecimento pela questão em si.

Diante disso, é evidente que a Administração só poderia evitar a participação da Recorrente na Licitação caso já existissem, previamente, elementos de prova no sentido de ser o parente licitante indevidamente favorecido, de modo que, aí sim, estaria configurada a violação concreta aos princípios da moralidade e impessoalidade, o que certamente inexistente no caso.

Ora, Excelência, a Comissão de Licitação realizou uma vedação/inabilitação infundada, ao arrepio da legislação aplicável e impedindo – sem uma exposição de motivos esclarecedora ou outros indícios de irregularidades – que a Recorrente participe do certame, afrontando, sem sombra de dúvidas, os princípios da legalidade e da competitividade.

Portanto, resta evidente que as hipóteses do art. 9º da Lei de Licitações estão a instituir um impedimento de participação na licitação de ordem relativa e não absoluta, de modo que a infração aos princípios da moralidade e da isonomia só restará efetivamente configurada quando as circunstâncias do caso concreto evidenciarem o favoritismo espúrio ao licitante ou a influência indevida de agente público que integre a entidade promotora da licitação, o que não foi o caso.

Dessa forma, a decisão proferida pela Comissão de Licitação, ao decidir pela inabilitação da Recorrente, afronta os ditames legais, uma vez que a empresa Recorrente apresentou todas as documentações exigidas e cumpriu todas às exigências constantes no edital, tendo sido inabilitada de forma infundada e ilegal.

Isto posto, **deverá ser declarada habilitada a empresa Recorrente**, por ser medida de inteira Justiça.

Mas não é só.

In casu, conforme já enfatizado, nota-se que toda documentação apresentada pela empresa Recorrente está em perfeita consonância com o edital licitatório, motivo pelo qual deverá ser habilitada.

E mais, NÃO SE PODE DESCUIDAR QUE O EDITAL É ELEMENTO FUNDAMENTAL AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, REGULANDO TODO O CERTAME, DETERMINANDO SEU OBJETO E OS DEVERES E DIREITOS DAS PARTES, ASSIM, SEGUNDO O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, É IMPRESCINDÍVEL A OBSERVAÇÃO DOS LIMITES CONSTANTES DO CORPO DO EDITAL. DAÍ A CLÁSSICA AFIRMAÇÃO DE QUE O EDITAL CONSTITUI LEI ENTRE AS PARTES.

Sobre a submissão da Administração Pública ao princípio da vinculação ao ato convocatório, afirma Marçal Justen Filho:

“(…) ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato



convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. **Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital** (...). (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª ed. São Paulo: Dialética. 2004, p. 396).

Assim, o edital é a lei interna da licitação e vincula não apenas os proponentes, como também a Administração, de forma que as decisões devem ser tomadas em harmonia com as cláusulas editalícias, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DE ILEGALIDADE.

Nesse sentido, oportuna a lição de Hely Lopes Meirelles:

“A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. **Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse a documentação e propostas em desacordo com o solicitado.**” (in "Direito Administrativo Brasileiro", 26ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 259)

Verifica-se, assim, que pelo princípio da vinculação ao edital, a Comissão Licitatória, com base no disposto no Art. 41 da Lei 8.666/93, tem seu poder estritamente ligado ao edital, não podendo descumprir as normas e condições nele inseridas.

Portanto, NÃO PODE EXIGIR DO LICITANTE REQUISITOS E/OU CONDIÇÕES NÃO PREVISTOS NO EDITAL – como por exemplo exigir que o licitante não possua qualquer parentesco com servidor público – OU AINDA INTERPRETAR A SEU BEL-PRAZER O EDITAL LICITATÓRIO.

Aliás, caso seja exigido da empresa licitante o

cumprimento de requisitos/condições não previstos no edital, a Comissão Licitatória estará fazendo com que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, norteador do procedimento licitatório, **fosse completamente desrespeitado**, o que acarretaria em ilegalidade.

Ora, **não é lícito à Administração e aos licitantes pretender ver a licitação ser processada por regras não contidas expressamente no instrumento convocatório e/ou na legislação pertinente.**

Assim, se a questão em discussão comporta interpretações divergentes, impõe-se à administração decidir no caso concreto pela obtenção da melhor proposta.

Deste modo, CASO A EMPRESA RECORRENTE NÃO SEJA HABILITADA NO PRESENTE CERTAME, A COMISSÃO LICITATÓRIA ESTARÁ EIVANDO O PRESENTE PROCEDIMENTO E TORNANDO-O NULO, ante as ilegalidades cometidas pela Comissão Licitatória que inabilitou a empresa de forma abusiva e ilegal.

Sobre o assunto, leciona Hely Lopes Meirelles:

“A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados”. (Direito Administrativo Brasileiro. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 276)

Assevera ainda:

A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. **Melhor que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da licitação**" (Licitação e Contrato Administrativo, 11ª ed., Malheiros, 1997, p. 124)

AR

Sabe-se ainda que a própria Lei de Licitações 8.666/93, proíbe o comportamento rigoroso adotado pela Comissão Licitatória, vejamos ao apreciar o art. 3º da referida Lei:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Assim, caso a empresa Recorrente **não seja habilitada no certame** – tendo em vista que não há nada na legislação que impeça que empresa pertencente a parentes de servidores públicos participem de licitação, a qual vele lembrar comprovou ainda, de forma contundente, que apresentou todos os documentos exigidos no Edital – **estará a presente Comissão praticando um ato abusivo e ilegal**, mostrando-se na contramão do objetivo da presente Licitação, **o que provocará ainda prejuízo ao Erário Público.**

Deste modo, é certo que os argumentos utilizados para inabilitar a empresa Recorrente não devem prosperar, **JÁ QUE INEXISTE QUALQUER IMPEDIMENTO LEGAL PARA A PARTICIPAÇÃO DA RECORRENTE, a qual apresentou ainda toda documentação necessária para sua habilitação, estando em perfeita consonância com o edital licitatório e a legislação.**



Dessa forma, não caberá à Colenda Comissão de Licitação outra decisão senão a de **HABILITAR A EMPRESA RECORRENTE**. Todavia, caso seja mantida a decisão proferida pela Comissão Licitatória, no sentido de manter inabilitada a Licitante, **COLOCARÁ EM CHEQUE A LISURA DO PRESENTE PROCESSO LICITATÓRIO**. O que é inadmissível.

Faz-se mister destacar que no caso em tela a principal finalidade é o interesse público e este irá invariavelmente se sobrepor à vontade do Administrador, foi nesse sentido que o legislador sabiamente ao editar a lei, que rege o certame em tela, fixou limites a serem respeitados tanto pelas participantes, como pela Administração Pública, com o fim de permitir um número maior de participantes e acirrar a disputa para auferir o valor mais vantajoso aos cofres públicos. O que está sendo desrespeitado *in casu*.

Dessa forma, deverá ser acolhido os termos do presente Recurso Administrativo e, assim, habilitar a empresa Recorrente no referido certame, pois a manutenção da inabilitação da Recorrente afronta a Lei 8.666/93 e a Constituição Federal.

Com efeito, a Lei 8666/93 **não permite medidas discriminatórias, como ocorreu no caso em tela, tendentes a afastar interessados no certame e a desnaturar o seu caráter competitivo**.

Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência nos termos aqui sustentado pela Recorrente, vejamos:

“Visa à concorrência pública fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase de habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”. (TJRS, Agravo de Petição 11.383, RDP-14, pág. 240).

Sobre o assunto, MARÇAL JUSTEM FILHO assevera que:



“Exigências proibidas: Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, parágrafo 5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei 8666 como aquelas não expressamente por ela permitidas.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, página 196)

No mesmo enfoque, é também de expressivo valor a lição de HOMERO SANTOS:

“Não basta que haja processo de licitação. O importante é que as contratações públicas de obras, serviços, compras, alienações, concessões, locações e demais negócios jurídicos sejam efetuados com absoluto respeito às normas que regem a coisa pública, como garantia que toda sociedade deseja no sentido de que a Lei, o interesse público e a probidade administrativa prevaleçam nessas relações administrativas” (in Licitação: Instrumento de Moralidade Administrativa, Seminário ECT, Maceió/AL, DOU de 31/12/91).

Dessa forma, no caso em tela, resta cristalino que a empresa Recorrente cumpriu perfeitamente as exigências editalícias e principalmente a Lei de Licitações, devendo, assim, emergir a perfeita regularidade e ausência de ofensa à legislação e ao edital em questão, resultando na habilitação da Recorrente no certame licitatório, por ser medida de inteira Justiça.

ANTE O EXPOSTO, requer a Vossa Excelência:

- a) que seja devidamente recebido e processado o presente Recurso Administrativo;
- b) a suspensão do presente certame licitatório até decisão final do presente recurso;
- c) que a respeitável Comissão de Licitação se digne de rever e reformar a decisão exarada, declarando habilitada a empresa Recorrente, e, conseqüentemente, seja viabilizada/permitida sua participação nas subsequentes

fases do certame, por ser medida de inteira Justiça;

d) não sendo acatado o pedido acima formulado, REQUER que seja remetido o presente recurso à autoridade que lhe for imediatamente superior, a fim de que a mesma o aprecie como de direito e reforme a decisão infundada proferida pela Comissão de Licitação, declarando habilitada a Recorrente, e, conseqüentemente, viabilizada/permitida a participação da empresa Recorrente nas subseqüentes fases do certame;

e) sejam intimadas as demais licitantes para, querendo, impugnarem o presente recurso administrativo; e

f) não sendo acatado o presente recurso, REQUER que sejam extraídas peças de todo o processo licitatório, que será devidamente remetido ao representante legal do Ministério Público da Comarca de São Joaquim/SC, com o fim de apurar irregularidades e ilegalidades na prática dos atos administrativos na condução do referido processo licitatório.

Termos em que
pede deferimento.

São Joaquim/SC, 30 de agosto de 2019.

Daniel Husein Ribeiro

DANIEL HUSEIN RIBEIRO ME
RECORRENTE

AK