

ILMO SR. PREGOEIRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA
MUNICIPAL DE MARICÁ – RJ

Pregão Presencial n° 44/2022

Processo Administrativo n.º 14095/2021

CARIOCA VIGILÂNCIA LTDA, com CNPJ sob o n° 21.163.768/0001-56 e sede à Rua Bahia, n° 540, Parque Pauliceia, Duque de Caxias – RJ, CEP 18.320-000, por seu representante abaixo assinado, vem, com fulcro no item 13 do edital, nas disposições da Lei 8666/93, no Decreto 10.024, de 20 de setembro de 2019, e demais dispositivos legais que regem a matéria, apresentar **RECURSO** contra a decisão que a habilitou a empresa **HAWK SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA** no certame em epígrafe, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

Isso porque, a manutenção da decisão recorrida afronta diretamente o princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, da Competitividade e da Isonomia, apresentando nítida disparidade de tratamento e condições entre os participantes.

Caso seja negado provimento ao seu recurso, solicita, subsidiariamente, a revogação do procedimento licitatório, com aplicação do

princípio da AUTOTUTELA, previsto no art. 49 da Lei 8.666/93 que Regulamenta as Licitações, preservando a Administração e o erário.

Isso, porque a manutenção da decisão recorrida afronta os mais mezinhos princípios administrativos e a Lei de licitações.

Requer, desde já, o recebimento deste recurso no efeito suspensivo, assim como a cópia da íntegra dos autos, a fim de instruir eventuais procedimentos junto ao Tribunal de Contas e Poder Judiciário.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2023.

CARIOCA VIGILÂNCIA LTDA

RAZÕES RECURSAIS

I. LEGITIMIDADE DA RECORRENTE, CABIMENTO DO RECURSO E EFEITO SUSPENSIVO

Por ter participado do processo licitatório em epígrafe, a recorrente tem legitimidade para, servindo-se deste recurso, questionar a decisão que empresa HAWK SEGURANÇA, nos termos do instrumento convocatório e do art. 109 da Lei 8.666/93.

As razões aqui expostas deverão ser processadas e motivadamente respondidas, após o crivo da doura autoridade superior, conforme o princípio constitucional de petição (CF/88, art. 5º, LV).

Esse, de resto, é o ensinamento do ilustre professor

José Afonso da Silva¹:

“É importante frisar que **o direito de petição não pode ser destituído de eficácia**. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação.” (g.n)

Ademais, como amplamente reconhecido por nosso ordenamento jurídico, os recursos administrativos seguem as regras usuais de direito processual, garantindo aos licitantes o direito ao contraditório e a ampla defesa, como princípios primordiais (art. 5º, LV, da CF), sob pena de nulidade da licitação.

II. FATOS

Trata-se de licitação, na modalidade pregão presencial, para contratação de empresa especializada na Prestação de Serviços continuados de Vigilância Patrimonial Desarmada., conforme especificações e quantidades constantes do Termo de Referência.

Em 13.01.2023, data agendada para abertura das propostas, embora diversas empresas tenham deixado de atender as exigências editalícias, a r. Pregoeira em decisão histórica em prol da competitividade, saneou

¹ Direito Constitucional Positivo, ed. 1.989, pág. 382

todas as falhas constantes durante o processo, deixando de atender exigências expressas contidas no ato convocatório.

Ato contínuo, após a contagem da quantidade de empresas participantes, a r. Pregoeira decidiu classificar as propostas limitando à 10% do menor valor ofertado, fato que reduziu severamente a quantidade de empresas aptas a participarem da disputa.

No presente caso, tal decisão limitou a disputa, justamente por retirar da competição, empresas que poderiam ter negociados seus valores em plena disputa, aumentando a competitividade do certame bem como na busca pela proposta mais vantajosa.

Cabe salientar que a medida mais assertiva para ampliar a disputa, seria a retomada da fase de lances uma vez que não há qualquer limitação ao número máximo de empresas que deverão prosseguir à fase de disputa de preço, seria manter todos os competidores em prol de uma disputa acirrada de lances.

Assim, inexistente razão para se concluir que qualquer excedente ao limite de 10 (dez) por cento, se configuraria como prejuízo à Administração Pública, justamente porque acarretaria um número maior de participantes.

Urge salientar que o principal objetivo das normas que regem o processo licitatório é almejar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, com a disputa entre os licitantes, de forma a estimular a redução do preço para o fornecimento do produto ou serviço licitado.

Assim, a limitação ao número de concorrentes em nada beneficia a disputa, em total contrariedade a jurisprudência atual, que visa permitir o maior número possível de licitantes na fase de disputa de preço.

**III. PLANILHA DE COMPOSIÇÃO SDE CUSTOS –
IMPOSSIBILIDADE – AUSENCIA DE CRITÉRIOS
ESTABELECIDOS NO EDITAL**

Após análise da planilha apresentada pela empresa recorrente, foi possível identificar que a empresa classificada em primeiro lugar não observou os parâmetros mínimos, estipulados no edital.

Isso porque ao elaborar a planilha de composição de preços, a recorrida deixou de observar o valor mínimo diário contido na CCT 2022/2023 do Sindicato dos Vigilantes e empresas de Segurança e vigilância.

Além disso, consta na planilha da empresa recorrida 86 (oitenta e seis) vigilantes noturnos com jornada de 12x36, quando na verdade deveria ter precificado o total de 172 (cento e setenta e dois) funcionários.

O mesmo erro ocorre ao relaciona a quantidade de vigilantes noturnos que possuem a jornada de 12x36, haja vista que o edital exige 176 (cento e setenta e seis) profissionais e a planilha de composição de custos apresentada pela empresa constam apenas 88 (oitenta e oito pessoas)

No que diz respeito ao supervisor de área o edital exige a presença de 04 (quatro) profissionais e na planilha apresentada, constam apenas 02 (dois).

Além de todos as supressões já citadas, salienta-se que no que tange ao piso salarial, bem como alimentação também não se coaduna com a convenção Coletiva do Trabalho aplicada à presente licitação, razão pela qual a proposta merece ser desclassificada.

Ressalta-se que os problemas apontados na planilha de composição de custos não podem ser confundidos com meros erros de preenchimento, uma vez que a licitante deixou de incluir profissionais e elementos cruciais à composição dos preços necessários à execução do serviço, merecendo, portanto, sua inabilitação.

Aliás, acerca da inabilitação da proposta que não atende aos critérios exigidos, é possível extrair o conceito diretamente da lei nº 8.666/93, que rege o procedimento licitatório, vejamos:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que **não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.**

Isto posto, com o devido acato, resta evidente o descumprimento das regras editalícias, razão pela qual, deve a sua proposta ser desclassificada, em prol da do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

IV. RAZÕES PARA REFORMA

A manutenção da decisão recorrida afronta diretamente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Com o devido respeito, a decisão mais acertada no presente caso é a retomada da etapa classificatória dos lances, principalmente se tratando de ampla concorrência entre os participantes.

V. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Analisando a disposição contida no edital e a importância elementar comprovação da capacidade econômico-financeira bem como a qualificação técnica, resta cristalino a afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O edital, vale lembrar, é a lei interna da licitação, cuja finalidade é estabelecer regras que garantam a segurança jurídica, ensejando um dos

mais mezinhos princípios do direito administrativo: a **Vinculação ao Instrumento Convocatório**.

Por isso, está inserida no art. 3º da Lei de Licitações dentre os princípios básicos da licitação:

“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, 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.” (g.n.)

A vinculação ao instrumento convocatório também está prevista nos arts. 41 e 44 daquele diploma legal:

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

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

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.” (g.n.)

Nessa esteira, a legislação específica passou a distinguir os princípios norteadores do processo das licitações.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, ao comentar o artigo 40 da Lei de Licitações, ponderou:

“7.4.1.2 Edital: o edital é o ato pelo qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da *concorrência*, de *tomada de preços*, de *concurso* e de *leilão*, **fixa as condições de sua realização e convoca interessados para apresentação de suas propostas. Como lei interna da concorrência e da tomada de preços, vincula inteiramente a Administração e os proponentes às suas cláusulas. Todavia, nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque é a lei interna da concorrência e da tomada de preços.**” (Direito Administrativo Brasileiro, 32ª ed., Malheiros, pág. 288)

Sobre o tema o citado mestre ensina:

“7.2.2.5 Vinculação ao edital: **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** documentação e **propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei internada da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.**” (g.n.)

“Assim, **estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento.** Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.” (obra citada, pág. 274. g.n)

Nas palavras do doutrinador Diógenes Gasparine:

“(...) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação.” (Direito Administrativo, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995. g.n.)

Nesse sentido também é pacífica a jurisprudência, da qual é exemplo o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. **EDITAL** COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

É entendimento correntio na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

A administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento **convocatório**, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do **Edital**) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação.

Se o **Edital** dispensou às empresas recém-criadas da apresentação do balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei).

Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva.” (STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998)

Como se vê, trata-se de priorização e observância da Lei.

Portanto, com o devido respeito, não andou bem o r. Pregoeiro ao habilitar a recorrida, afrontando diretamente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório com a consequente violação aos arts. 3º, 41 e 44 da Lei de Licitações.

Da mesma forma que a Constituição Federal e a Lei de Licitações, a jurisprudência de nossos Tribunais não permite que a Administração Pública viole as regras do Edital:

“Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação, agindo assim, atacam de morte os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.” (STJ, MS 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998).

"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.” (STJ, REsp 421946/DF, Rel. Min. Francisco Falcão)

“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).” (STJ, REsp nº 797.179/MT, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, j. 19.10.06, DJ 07.11.06)

Cumpra lembrar, por oportuno, que, **para a Administração Pública, a vinculação ao instrumento convocatório é a linha entre a legalidade e a ilegalidade.**

O administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a teoria da representação de Pontes de Miranda), manifestada por lei.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos:

"Já quando se trata de analisar o modo de atuar do particular, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido.

É que, **com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei**, cuja vontade deve sempre prevalecer" (Celso Ribeiro Bastos – Curso de Direito. g.n.)

Já o princípio do julgamento objetivo impede que a parcialidade do agente interfira no resultado do julgamento, sendo definido pela doutrina da seguinte forma:

Celso Antônio Bandeira de Melo:

"O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. Esta preocupação está enfatizada no art. 45 da lei."

José dos Santos Carvalho Filho:

“Se no edital foi previsto o critério de menor preço, não pode ser escolhida a proposta de melhor técnica; se foi fixado de melhor técnica, não se pode selecionar simplesmente a de menor preço, e assim sucessivamente.”

Hely Lopes Meirelles:

“(...) é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É o princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite.”

Por isso, à luz dos princípios anteriormente invocados, as cláusulas editalícias devem ser claras, não podendo constituir-se em regras dúbias que possam macular o certame.

Ademais, **as minúcias do edital devem ser expressas e não presumíveis.**

Esse princípio, de resto, é imprescindível aos processos licitatórios, pois dele se extraem as regras que garantem a segurança do desenvolvimento do procedimento licitatório, tanto à Administração quanto aos participantes.

Através dele, a Administração expõe suas exigências, impondo aos licitantes a apresentação de documentação formal apta a comprovar e garantir o seu cumprimento e, por consequência, demonstrar se estão qualificadas ao cumprimento do contrato.

Por tudo isso, resta incontroversa a do retorno a fase de lances, possibilitando as licitantes que porventura possuam proposta mais vantajosa

para Administração, uma competição em condições igualitárias, atendendo os mais comezinhos princípios da Administração Pública.

V.b - PRINCÍPIO DA IGUALDADE – ISONOMIA

O princípio constitucional da igualdade ou isonomia está previsto no artigo 5º, XXII, da CF/88, impondo a igualdade entre os participantes do procedimento licitatório.

O já citado Prof. Hely Lopes Meirelles o sintetizou da seguinte forma:

“(...) o que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desiguale os iguais ou iguale os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros (...)” (g.n)

No mesmo sentido:

“ISONOMIA significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se às na medida em que exista diferença.”

Trata-se da máxima: **Todos são iguais perante a lei.**

O desrespeito deste princípio configura uma das formas mais **capciosas de desvio de poder**, comprometendo o procedimento licitatório, já que o objetivo da licitação, ao instaurar a competição entre os participantes, é proporcionar-lhes a possibilidade de disputar a participação nos negócios públicos,

dispensando o mesmo tratamento jurídico a todos os interessados, obedecendo os preceitos do edital.

Por isso, o Poder Judiciário tem anulado diversas licitações por conta da não observância deste princípio entre os licitantes, combatendo discriminações e favoritismos.

Com efeito, a adoção de decisões diversas daquelas preestabelecidas no ato convocatório compromete de pronto a licitação e sua legalidade!!!

Nesse sentido, a r. decisão que habilitou a empresa recorrida, contraria as normas e os princípios licitatórios, sendo, portanto, imperiosa a sua reforma para proceder ao correto retorno à fase de lances.

V.c - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No Direito Administrativo, o princípio da Legalidade expressa regra pela qual a Administração deve agir de acordo com o Direito.

Na hipótese deste recurso, o princípio da Legalidade incide diretamente sobre o edital, a lei interna do procedimento licitatório, ditando a conduta da Administração e dos licitantes, do início ao fim do processo.

Ademais, o proceder do MD pregoeiro também afronta o princípio da vinculação do instrumento convocatório, imprescindível à licitação,

pois dele se extraem as regras que garantem a segurança do desenvolvimento do procedimento licitatório, tanto à Administração quanto às empresas interessadas a participarem dele.

Para a Administração, a preciosidade do edital não é diferente, já que, por meio dele, são guiadas para uma competição previamente estabelecida e justa.

Com efeito, o flagrante descumprimento das normas que regem o procedimento licitatório e do princípio da Vinculação do Instrumento convocatório, impõem a inabilitação da recorrida.

VI. ATO ILEGAL E AUTOTUTELA

Por contrariar a legislação que rege os processos licitatórios, o ato praticado pelo douto pregoeiro está eivado de **ilegalidade**.

Sobre os atos ilegais praticados pela Administração pública, a jurisprudência é pacífica, tendo o assunto sido consolidado pela súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF):

“SÚMULA 473/STF - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (grifo nosso)

O Eg. Tribunal de Contas da União (TCU) não discrepa:

“É nulo de pleno direito o contrato decorrente de licitação que contenha vício ou ilegalidade”. A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato.” (grifo nosso)

A possibilidade da Administração exercer a autotutela, revogando seus próprios atos, é matéria pacífica, sumulada, inclusive, pelos Tribunais Superiores:

Súmula 346/STJ: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

Como se vê, é de rigor a inabilitação da recorrida, em prol do princípio da Isonomia, Legalidade, Vinculação ao Instrumento Convocatório, Competitividade e interesse Público.

VII. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei 8.429/92 define os atos de improbidade, bem como suas sanções:

“art. 10º - **Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão**, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;” (grifo nosso)

“art. 12 – (...) II - **na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano**, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, **perda da função pública, suspensão dos direitos políticos** de cinco a oito anos, **pagamento de multa civil** de até duas vezes o valor do dano e **proibição de contratar**

com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;" (grifo nosso)

Desse modo, deve a administração, sempre que tomar conhecimento, por si ou mediante comunicação de terceiros, como a aqui se faz, **rever seus atos, a fim de sanar eventuais irregularidades**, sob pena de responder pelo ato eivado de improbidade, sem prejuízo das demais sanções acima mencionadas.

VIII. PEDIDO

Por todo o exposto, requer seja o recurso:

- (i) recebido no efeito suspensivo, observando a oportunidade do contraditório e da ampla defesa;
- (ii) Provido, para que a decisão recorrida seja reformada, declarando o retorno a fase de lances bem como a desclassificação da proposta

Caso este não seja o entendimento deste MM. Pregoeiro, o que se cogita por mero argumento, solicita o encaminhamento do feito à douta autoridade superior para ciência dos atos praticados.

Solicita, ainda, cópia integral dos autos para instruir eventuais medidas junto ao Tribunal de Contas e ao Poder Judiciário.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2023.

CARIOCA VIGILÂNCIA LTDA