



SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO
MUNICÍPIO DE SOBRAL - CEARÁ

RECURSO INOMINADO

PREGÃO PRESENCIAL N° 064/2017

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° P004009/2017

LABORATÓRIO BIPSE HARMONY LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n° 05.433.590/0001-60, situada na Avenida Dom Luís, n° 1233, Bairro Aldeota, CEP 60.160-230, na cidade de Fortaleza no Estado do Ceará, por conduto de seus advogados regularmente constituídos através de instrumento procuratório que segue em anexo, vem, perante Vossa Senhoria, em reciprocidade de respeito e acatamento, interpor **RECURSO INOMINADO** contra decisão do Pregoeiro que a inabilitou do certame em epígrafe, qual seja o Pregão Presencial n° 064/2017, nos termos que seguem abaixo alinhavados.

1. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL



1.1. DA TEMPESTIVIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO

A decisão contra a qual ora se insurge o recorrente foi proferida em 28 de setembro de 2017. Considerando o artigo 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002 c/c o item 16.1 do edital do certame em epígrafe c/c o artigo 110 da Lei 8.666/93, aplicado subsidiariamente, tem-se que o início do prazo para interposição do inominado foi 29 de setembro de 2017 encerrando-se em 1º de outubro de 2017, dia não útil.

Por força do artigo 110 da lei 8.666/93 e do seu parágrafo único, aplicado subsidiariamente à lei 10.520/2002, os prazos que se encerrarem em dia não útil prorrogam-se para o primeiro dia útil subsequente, fazendo com que a data final para interposição deste recurso nos autos do processo em epígrafe seja o dia 02 de outubro de 2017. Logo, o presente recurso é **tempestivo**.

1.2. DOS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS

O pressuposto objetivo fundador do recurso, qual seja o ato administrativo decisório, perfaz-se na decisão que inabilitou o recorrente sem o devido amparo legal. Além disso, o recorrente, por ocasião da sessão do certame, manifestou interesse em interpor recurso. Vê-se, por conseguinte, perfeitos os pressupostos objetivos para interposição do presente recurso inominado.

Decerto que a oralidade e a simplicidade são princípios norteadores da modalidade pregão, mas a forma escrita das razões recursais também é pressuposto objetivo exigido pelo item 16.1 do edital, ora contemplado.



Os pressupostos subjetivos também se fazem presentes. Há legitimidade e interesse recursal, em virtude de o recorrente ter participado de todas as fases do certame em epígrafe, e por conta de o Pregoeiro ter praticado ato causador de prejuízo à licitante ora recorrente, pois fere direito desta e frustra sua vitória no concurso.

Logo, estão atendidos todos os pressupostos de admissibilidade para a interposição do presente Recurso Inominado, devendo este ser admitido, apreciado e deferido pelos fatos e razões a seguir expostas.

2. SINÓPSE FÁTICA

O recorrente participou do certame em epígrafe, cujo objeto é a contratação de laboratório para a realização de exames de imunohistoquímica nos termos do anexo I do edital.

Tendo apresentado proposta mais vantajosa no importe de R\$ 12.960,00 (novecentos e sessenta reais), o recorrente arrematou o objeto do certame. Importa destacar que a proposta classificada em segundo lugar ofertou para os mesmos serviços o valor de R\$ 18.360,00 (dezoito mil trezentos e sessenta reais), quase **R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mais caro**, o que, *per si*, atenta contra o princípio da proposta mais vantajosa, da economicidade e ainda ao tipo do certame, qual seja menor preço por item único.

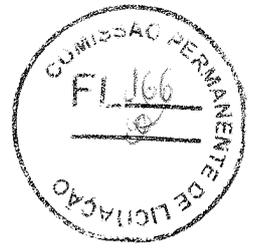


Passando à abertura do envelope de habilitação, o pregoeiro inabilitou o recorrente em virtude de suposta inobservância do item 13.3.2 do edital, que a título de “qualificação técnica”, exige apresentação de Alvará Municipal da Vigilância Sanitária do ano corrente, exigência esta ilegal e desarrazoada como será adiante demonstrado.

Mesmo em virtude da flagrante ilegalidade, o recorrente, com vistas a evitar retardamento do atendimento ao interesse público, acatou o capricho editalício apresentando o comprovante de pagamento da taxa de emissão do alvará da Vigilância Sanitária ocorrido antes do vencimento.

Em detalhes: o alvará do recorrente teve seu vencimento em 30.08.2017. O pagamento para sua renovação se deu em 28.08.2017, contudo o Município de Fortaleza, por motivos insondáveis, não entregou no tempo devido o dito Alvará com vigência anual renovada.

Vendo aproximar-se a data do certame sem dispor do documento que já deveria ter recebido, o recorrente protocolou em 25.09.2017 processo junto à Prefeitura de Fortaleza requerendo providências para sua emissão, o que fora apresentado junto aos documentos de habilitação. Todavia, mesmo deparando-se com documentação que comprova a existência e validade do alvará sanitário, o pregoeiro praticou ato ilegal e inabilitou o recorrente.



Sendo estes os fatos que fundam o presente inominado, é o que importa relatar.

3. DO MÉRITO RECURSAL

3.1. LICITAÇÃO - PROCEDIMENTO COM OBJETIVO DE TORNAR LÍCITA A APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS - OBTENÇÃO DA MELHOR PROPOSTA - NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA CONCORRÊNCIA - VEDAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS QUE RESTRINJAM A AMPLA PARTICIPAÇÃO DOS LICITANTES

O procedimento licitatório é corolário dos princípios constitucionais da Administração Pública, constituindo-se como verdadeiro núcleo orientador do múnus público. Nesta senda é cediço que todo e qualquer ato do poder público deve ter como referencial fundador os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo dos demais princípios que fundam a República Federativa do Brasil.

A aplicação dos recursos públicos, em regra, está submetida a procedimento próprio, qual seja a licitação, com vistas a tornar lícito tal dispêndio. É esse o conteúdo do artigo 3º da Lei 8.666/1993, Lei Geral de Licitações - LGL, abaixo transcrito:

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.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo estabelece ainda as condutas vedadas aos agentes públicos no que tange ao procedimento licitatório. Vejamos:

§ 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; (Destacamos e capitulamos).

Infere-se do excerto que a ampliação da concorrência é princípio nodal e requisito inolvidável que, de tão importante, goza de dispositivo protetivo próprio na LGL. Isto se dá porque quanto maior a quantidade de concorrentes, maior será o universo da disputa com conseqüente incremento do acirramento, o que, por sua vez, permite o cotejo da melhor proposta.

Se a ampliação da disputa fomenta a obtenção da melhor proposta, o inverso disso, ou seja, a restrição ou



frustração do caráter competitivo, implicaria em obtenção de proposta desvantajosa seja da perspectiva do objeto do certame em si, seja da perspectiva do preço ofertado que, destaque-se, deve ser, especialmente no tipo de certame em liça, o menor possível.

Além disso, tem-se que a preservação do caráter competitivo do certame é corolário do princípio da isonomia e da impessoalidade, pois pelo concurso amplamente divulgado e aberto e pela participação de quem se encontra apto, é que se colocam todos os interessados em patamar de igualdade, sem preferências ou privilégios de qualquer natureza.

Qualquer discrimen deve ser devidamente arrazoado e justificado com vistas ao atendimento do interesse público, somente.

Verifica-se no presente caso ofensa frontal ao arcabouço principiológico esposado acima, pois os itens editalícios, que supostamente não foram atendidos segundo o entendimento do Ilustríssimo Pregoeiro, tiveram o condão de reduzir o rol de licitantes em prejuízo da melhor proposta já que o recorrente ofertou o menor preço e apresentou acervo técnico adequado ao objeto do certame, como se verá demonstrado minunciosamente abaixo.

3.2. HABILITAÇÃO - PREVISÃO DO ARTIGO 30 DA LGL - ROL EXAUSTIVO - VEDAÇÃO A EXIGÊNCIAS ESTRANHAS OU QUE CAUSEM ÔNUS INJUSTIFICADOS



O artigo-30 da LGL estabelece os critérios de aferição da habilitação técnica dos licitantes. Deve ser destacado que a cabeça do dispositivo estabelece de modo cabal que a documentação referente à qualificação técnica está limitada somente ao que ali está listado. Se assim não o fosse não teria o legislador utilizado a expressão "limitar-se-á", depreendendo-se disto que nada além do que está ali poderá ser exigido dos licitantes. Vejamos:

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;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

[...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em



locais específicos, ou QUAISQUER OUTRAS NÃO PREVISTAS NESTA LEI, QUE INIBAM A PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO. (Grifos nossos.)

Não se verifica em tais dispositivos, nem por hercúleo esforço interpretativo, qualquer dispositivo que sinalize pela guarida às exigências do item 13.3.2 do Edital do Pregão Presencial nº 064/2017. Ao contrário, em verdade, se verifica é a vedação de exigências outras que não aquelas expressamente previstas no artigo 30 da LGL.

Logo, a exigência de habilitação técnica constante no item 13.3.2 não encontra previsão na lei que regulamenta o certame. Reitera-se: não se vê no edital, no rol exaustivo de documentos exigíveis a título de habilitação técnica, qualquer sintoma de se poder exigir Alvará da Vigilância Sanitária. Logo, conduzir o certame tendo tal item como requisito é atentatório ao caráter competitivo do certame, aos princípios da ampliação da concorrência, da obtenção da melhor proposta e das diretrizes constitucionais sobre o tema.

Este entendimento está em pleno acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União cujos excertos abaixo seguem transcritos:

EMENTA iv) os dispositivos constantes da Lei 8.666/93 que versam sobre os requisitos atinentes à qualificação técnica, devem ser interpretados conforme a Constituição, no intuito de não se comprometer o caráter competitivo das licitações. Assim, a expressão "possuir em seu quadro permanente" constante do inciso I do parágrafo 1º do artigo 30 da mencionada legislação não deve ter exegese ampliativa ou



rigorosa. (Acórdão 938/2011. Plenário. Voto do Relator Augusto Nardes.)

É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames. Acórdão 539/2007 Plenário (Sumário)

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONCORRÊNCIA, COM VISTAS À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUTAR OBRA DE AMPLIAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. FALHAS RELACIONADAS À EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA. AUDIÊNCIA. OITIVA. MULTA. DETERMINAÇÃO. A restrição indevida ao caráter competitivo do certame por conta de exigências de qualificação técnica em desconformidade com os princípios constitucionais e legais que regem a licitação enseja a aplicação de multa aos responsáveis. TCU - 00965020121 (TCU) Data de publicação: 10/12/2012. Destacamos.

Os julgados acima transcritos informam que as leis pertinentes ao tema, bem como a doutrina e a jurisprudências não toleram atos que contemplem o formalismo, os rigores procedimentais desproporcionais e injustificados em desfavor do interesse público, da ampliação da concorrência e demais princípios citados alhures o que caracteriza a ilegalidade de tal exigência. Sendo cediço que atos nulos não geram direitos ou obrigações, certo é que a exigência de apresentar alvará de vigilância sanitária a título de habilitação técnica não abriga o ato que inabilitou o recorrente.

Fato é que, segundo as lições de Marçal Justen Filho na obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos



Administrativos (2013, p.549) “Não existe discricionariedade para a Administração estabelecer no caso concreto regras específicas acerca da habilitação...”

Em verdade, as exigências de habilitação têm caráter instrumental e se prestam a um objetivo maior, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa que, no presente caso, é aquela que ofertar o menor preço. Inverter tal lógica normativa teria o condão de transformar o procedimento licitatório num fim em si mesmo o que, teleologicamente, é atentatório ao interesse público. Seria, por outro lado, privilegiar a forma em detrimento do conteúdo.

O Poder Público, sob mandamento constitucional, deve estabelecer exigências de qualificação técnica bastantes e indispensáveis à aferição da capacidade de o futuro contratado cumprir as obrigações contratuais. Para entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame. Neste sentido o Ministro Marcos Bemquerer Costa, Relator do Acórdão nº 877/2006 explica:

Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria e encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis.



Em verdade a exigência de alvará a título de habilitação técnica se demonstra equivocada na medida em que este documento não se presta à comprovação de habilidade ou aptidão para execução do serviço, mas tão somente comprovação de o estabelecimento do licitante encontra-se apto ao funcionamento nos termos da legislação do município onde se encontra sediado.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas “Tais exigências sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-profissional não podem ser desarrazoadas ao ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão somente constituir garantia mínima de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir as obrigações contratuais”¹

Sob este mesmo entendimento Marçal Justen Filho (2013, p.576) explica que:

O objetivo é eliminar distorções ocorridas no sistema anterior, em que os requisitos de qualificação técnica acabavam por inviabilizar o acesso de muitas empresas à licitação.[...]

Marçal Justen Filho (2013, p. 609), arremata esse entendimento afirmando que:

¹ (Acórdão 1.942/2009, Plenário, Relator Ministro André Luís de Carvalho).



O cumprimento das exigências se avalia tendo em vista a data para entrega dos envelopes ou, quando for o caso, na data prevista para o início da execução da prestação devida. Se o requisito fosse referido à data da publicação do edital, o universo de potenciais licitantes seria restrito apenas àqueles que já preenchessem, de antemão, os requisitos do edital. Logo, poderiam exigir editais dirigidos a beneficiar ou a prejudicar determinados particulares.

Diante de tudo o que foi exposto, resta exaustiva e cabalmente demonstrado que os itens que fundaram a inabilitação do recorrente, bem como o ato de inabilitação em si, estão na contramão da lei, da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, fazendo com a inabilitação da mesma seja indevida, ilegal e atentatória ao princípio da moralidade, impessoalidade, isonomia e publicidade. Assim o recorrente requer a Vossa Senhoria que se digne de reconhecer este pleito e anular o ato que inabilitou o recorrente por ser medida de justiça.

3.3. VINCULAÇÃO ILEGAL AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - EXCESSO DE FORMALIDADE - RIGORISMO ABUSIVO E INJUSTIFICADO - DIMINUIÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Exigir a apresentação de alvará de funcionamento a título de habilitação técnica e antes da assinatura do contrato, além de estar em desconformidade com a doutrina e jurisprudência especializada sobre o tema, viola, de modo flagrante, o entendimento sobre o tema.



O princípio da vinculação ao edital tem por objetivo dar ao certame a segurança de que não será exigido nada além do que consta no edital. Constitui-se salvaguarda para a Administração que terá referencial normativo para recusar qualquer licitante ou proposta que não oferte o que atende ao interesse público; e proteção do licitante contra exigências desproporcionais do Poder Público. Egon Bockman Moreira e Fernando Vergalha Guimaraes, na obra Licitação Pública (Editora Malheiros, p.79) explicam que:

A vinculação ao instrumento convocatório pode ser entendida como princípio de vinculação material e procedimental: a partir de sua divulgação, a Administração e os particulares estão subordinados a ele. Devem estrito cumprimento aos seus termos e estão proibidos de inovar.

Tal inovação a que se refere o excerto diz respeito também a interpretações que criem exigências não apostas no edital que criem prejuízo a interessados, aos licitantes e ao interesse público. Nesta perspectiva, qualquer ato que reduza a concorrência ou que opte pelo maior preço ou marginalize o menor preço viola a um só golpe os princípios da economia, da proposta mais vantajosa, da isonomia, da ampliação da concorrência, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Qualquer interpretação que se tenha que fazer das cláusulas editalícias, deve-se contemplar, sobretudo, sempre o menor preço, a proposta mais vantajosa e a ampliação da concorrência.



É cediço que a licitação é procedimento necessariamente formal e que esta formalidade é importante e necessária ao controle dos atos administrativos, mas o rigorismo formal degenera a formalidade transformando-a em formalismos que certamente acarretam em prejuízo ao interesse público.

Tal ato do Pregoeiro representa rigorismo desproporcional que frustra o caráter competitivo da licitação. Tal entendimento é pacífico e homogêneo no Tribunal de Contas da União, corte de contas de referência, como se vê nos julgados abaixo transcritos:

De fato, a administração não poderia prescindir do menor preço, apresentado pela empresa vencedora, por mera questão formal, considerando que a exigência editalícia foi cumprida, EMBORA QUE DE FORMA OBLÍQUA, sem prejuízo à competitividade do certame. Sendo assim, aplica-se o 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 formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, tudo de acordo com o art. 2º, § único, incisos VIII e IX, da Lei no 9.784/1999. (Acórdão 7334/2009. Primeira Câmara. Voto do Ministro Relator)

Observe o dever de diligência contido no art. 43, § 3º, da Lei no 8.666/93, de forma a flexibilizar formalismos que podem redundar na frustração ao caráter competitivo que deve reger as licitações na administração pública. (Acórdão 616/2010 Segunda Câmara.)



A desclassificação de elevado número de licitantes em razão de critério pouco relevante é medida de excessivo rigor formal, que fere o princípio da razoabilidade e restringe o caráter competitivo da licitação. (Acórdão 604/2009 Plenário.Sumário)

Os julgados acima transcritos informam que as leis pertinentes ao tema, bem como a doutrina e a jurisprudências não toleram atos que contemplem o formalismo, os rigores procedimentais desproporcionais e injustificados em desfavor do interesse público, da ampliação da concorrência e demais princípios citados alhures.

No caso em liça, como já referido, verifica-se que o recorrente apresentou seu alvará de funcionamento vencido em 30.08.2017, bem como o comprovante de pagamento da taxa de renovação realizada em 28.08.2017 e ainda o protocolo junto à Prefeitura de Fortaleza requerendo providências quanto à emissão do alvará renovado, o que deveria ter ocorrido no máximo até o dia 30.08.2017. Por tais documentos, o Pregoeiro, se tivesse ancorado nas normas, doutrinas e jurisprudências vigentes sobre o tema teria concluído pelo cumprimento reflexo da desarrazoada exigência editalícia.

Reitere-se que que a proposta do recorrente apresenta economia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) em relação à proposta do segundo colocado. Logo, a manutenção da decisão que inabilitou o recorrente imporia à Administração Pública dispêndio daquela ordem de modo ilegal e desnecessário.



Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade vertidos no presente caso em favor do interesse público mitigam e temperam as máculas do edital e do rigorismo formal do Pregoeiro, apontando para habilitação do recorrente e a respectiva adjudicação do objeto.

Note-se, em suma, que a verdade é que o recorrente tem e sempre teve alvará de funcionamento, assim como todos os documentos necessários à sua atuação, provou isso com toda a documentação, apresentando o que era possível apresentar e deve prevalecer a realidade dos fatos, ou seja, a sua habilitação e a sua plena capacidade formal e técnica para a prestação dos serviços objeto do processo licitatório.

Diante de todo o exposto, especialmente do conteúdo fático, legal, doutrinário e jurisprudencial, o recorrente requer a Vossa Senhoria:

- a) que receba o presente recurso posto que apto e tempestivo;
- b) que comunique os demais licitantes acerca da interposição do presente inominado para, caso queiram, apresentarem contrarrazões, como observância do contraditório e ampla defesa
- c) que reforme a decisão que inabilitou o Laboratório Biopse, anulando tal ato, mantendo o recorrente no



certame, declarando-o vencedor e adjudicando o objeto ao
peticionário;

d) caso entenda por não reconsiderar a decisões ora
atacadas, que remeta os autos ao Secretário da Secretaria de
Saúde do Município de Sobral para decisão nos termos da Lei
8.666/1993.

Nn, Termos,

P. deferimento.

Sobral 30 de setembro de 2017.


Breno Jessen Bezerra
Advogado - OAB/CE 22.107