

**ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA
PREFEITURA DA COMARCA DE SOBRAL/CE**

**Processo n. P057380/2019 - CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL N.º
001/2019 - SEUMA**

REF.: RECURSO ADMINISTRATIVO

RECORRENTE: CONSÓRCIO ATP / LBR

CONSÓRCIO ATP / LBR, neste ato representado por sua Empresa Líder, a **ATP ENGENHARIA LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 35.467.604/0001-27, com sede na Estrada das Ubaías, n.º 540, Sala 900, Casa Forte, Recife/PE, CEP n.º 52.061-080, por seu representante legal ao final assinado, vem, em tempo oportuno, à presença de Vossa Senhoria, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a decisão de inabilitação do Consórcio recorrente, o que faz com base nos fundamentos de fato e de direito adiante expostos.

1. SÍNTESE DOS FATOS.

A **Prefeitura da Comarca de Sobral/CE**, através da Secretaria do Urbanismo e Meio Ambiente, publicou o Edital de Licitação na modalidade "Concorrência Pública Internacional", tipo "Técnica e Preço", tendo por objeto a "*CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA SUPERVISÃO TÉCNICA E SOCIOAMBIENTAL DE OBRAS, PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS OBRAS DE INFRAESTRUTURA DO PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL DE SOBRAL – PRODESOL, FINANCIADAS PELA CORPORAÇÃO ANDINA DE FOMENTO (CAF)*".

O Consórcio ATP / LBR, então, apresentou seus documentos de habilitação e, apesar da regularidade da documentação apresentada, foi surpreendido com a decisão dessa Ilustre Comissão de Licitação, proferida na Reunião realizada em 15.04.19, que o declarou inabilitado para o certame sob o equivocado fundamento de descumprimento do Item 7.3.1.5, "g", do Edital de Licitação, que assim estabelece:

7.3. Os Documentos de Habilitação consistirão de:

7.3.1. HABILITAÇÃO JURÍDICA

7.3.1.5. Compromisso Público ou Particular de Constituição de Consórcio, em se tratando de consórcio, que deverá ser apresentado subscrito pelos consorciados, do qual deverá, com clareza e precisão, constar:

(...)

g) Compromissos e obrigações de cada um dos consorciados, individualmente, em relação ao objeto desta licitação;

Como se passa a demonstrar, a decisão de inabilitação do Consórcio ATP / LBR deve ser integralmente reformada, com a declaração de habilitação do referido Consórcio para o certame concorrencial.

2. DA FINALIDADE DA LICITAÇÃO E DA AUSÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO AO EDITAL: CONSORCIADAS QUE SE OBRIGAM INDIVIDUALMENTE PELA INTEGRALIDADE DO OBJETO DA LICITAÇÃO.

Destaque-se, inicialmente, que a licitação não pode ser considerada como um fim em si mesmo, ou seja, o procedimento, embora de natureza formal, supera e transcende o mero ritual burocrático, porquanto é orientado pelos princípios globais previstos no art. 37 da CRFB/88, e traduzidos no art. 3º da Lei n.º 8.666/93.

Tais princípios são indicadores da eficiência e eficácia no processo licitatório, que deve ser entendido estritamente como um instrumento de melhoria de gasto público, a fim de se obter, concretamente, melhores condições na obtenção de bens e contratação de serviços pela Administração.

O princípio da finalidade da licitação é, portanto, um adversário do burocratismo e um apelo aos horizontes mais amplos da eficiência de processos e da eficácia de resultados.

Pois bem. No caso em análise a situação posta é claramente de confronto entre o princípio da finalidade da licitação e o **rigor formalístico do qual se revestiu a decisão que declarou a inabilitação do Consórcio ATP / LBR.**

Com efeito, como visto, a Comissão de Licitação declarou a inabilitação do Consórcio ATP/LBR sob o fundamento de que este teria descumprido a norma editalícia que estabelece que devem constar do Termo de Compromisso de Constituição do Consórcio os compromissos e obrigações de cada um dos consorciados, individualmente, em relação ao objeto da licitação.

Ocorre que, nada obstante inexistir discriminação individualizada das obrigações de cada consorciado no Termo de Compromisso de Constituição e Registro de Consórcio firmado pelas empresas ATP Engenharia Ltda. e LBR Engenharia e Consultoria Ltda., há no aludido termo previsão expressa de que "**as obrigações e responsabilidades definidas no contrato (...) aplicar-se-ão imediatamente e terão seus efeitos estendidos às partes consorciadas**", como se vê:

"CLÁUSULA QUINTA – COMPOSIÇÃO, LIDERANÇA, DEFINIÇÕES DE OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES E PRESTAÇÕES ESPECÍFICAS.

f) As obrigações e responsabilidades definidas no contrato que, porventura, vier a ser celebrado com a PREFEITURA DE SOBRAL, aplicar-se-ão imediatamente e terão seus efeitos estendidos às partes consorciadas"

Além disso, consta do referido Termo de Compromisso que "**as consorciadas deverão prestar recíproca colaboração em todos os campos, de forma a obter a integração dos serviços e bom desempenho na consecução do presente**" (Cláusula Quinta, item "h").

Em outras palavras, o Termo de Compromisso de Constituição e Registro de Consórcio entre as empresas ATP Engenharia e LBR Engenharia e Consultoria Ltda. não deixa dúvidas acerca dos compromissos e obrigações de cada uma das consorciadas em relação ao objeto desta licitação, sendo certo que **cada consorciada, isto é, tanto a ATP quanto a LBR obrigam-se individualmente, e em conjunto, pela integralidade das obrigações concernentes ao objeto da licitação.**

E não poderia mesmo ser diferente, pois, como é cediço, apesar de os consorciados comparecem perante a Administração como unidade, os direitos e obrigações contraídos pelo consórcio são, na realidade, assumidos individualmente por cada um dos consorciados, com a sua responsabilidade solidária por todos os atos que praticarem em consórcio, nos termos do art. 33, V, da Lei n.º 8.666/93¹, do Item 7.3.1.5, "d" do Edital de Licitação² e do Item "b" da Cláusula Quinta do Termo de Compromisso de Constituição do Consórcio³.

Sobre o assunto, aliás, confira-se a lição do eminente Prof. Marçal Justen Filho, extraída da 16ª edição da sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos":

"As Leis 8.666/1993 e 8.987/1995 determinaram a responsabilidade solidária dos integrantes do consórcio. Ao fazê-lo, de certo modo alteraram o conceito de consórcio, tal como concebido no âmbito do direito privado, eis que no plano da Lei das S.A. vigora regra distinta.

No entanto, e para fins de licitações e de contratação administrativa, o consórcio produz uma espécie de sociedade de fato, em que todos os atos praticados individualmente se comunicam aos demais consorciados.

Então, não se confunde o consórcio previsto na Lei das S.A. com o disciplinado pelas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995. Mais precisamente, o consórcio contemplado nesses diplomas sujeita-se a regime jurídico diferenciado.

Daí por que a solução adotada na Lei 8.666/1993 configura-se como compatível com a Constituição. Seria impróprio, até em termos lógicos, encampar a regulação de direito privado. É que a Administração Pública considera, para contratar, o conjunto dos recursos (em acepção ampla) dos diversos consorciados. Produz-se uma soma, em que o importante é o somatório total de bens, recursos financeiros, capacitação técnica etc. – a Administração não toma em vista cada consorciado individualmente. Os consorciados comparecem perante a Administração como unidade. Logo, os consorciados devem manter essa unidade, relativamente aos atos que possam gerar sua responsabilidade. Haveria contradição em adotar duas soluções diversas, variáveis conforme favorecessem ou não os consorciados. Justamente porque comparecem como unidade perante a Administração, os consorciados devem responder juridicamente como unidade. Significa a necessária responsabilidade solidária dos envolvidos.

¹ Lei n.º 8.666/93, Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

² Edital: "7.3. Os Documentos de Habilitação consistirão de: 7.3.1. HABILITAÇÃO JURÍDICA 7.3.1.5. Compromisso Público ou Particular de Constituição de Consórcio, em se tratando de consórcio, em se tratando de consórcio, que deverá ser apresentado subscrito pelos consorciados, do qual deverá, com clareza e precisão, constar: d) Compromisso expresso de responsabilidade solidária de todos os consorciados pelos atos praticados sob o consórcio, em relação à licitação, e, posteriormente, ao eventual Contrato, bem como pelos encargos fiscais e administrativos referentes ao objeto do Contrato, até seu recebimento definitivo."

³ Termo de Compromisso de Constituição do Consórcio:

"CLÁUSULA QUINTA – COMPOSIÇÃO, LIDERANÇA, DEFINIÇÕES DE OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES E PRESTAÇÕES ESPECÍFICAS.

b) As empresas consorciadas respondem, conjunta ou isoladamente, com integral responsabilidade e solidariedade, por todos os atos do consórcio, tanto na fase de habilitação quanto na execução do contrato, bem como por multas e indenizações em decorrência de ato ilícito ou descumprimento do contrato e pelos encargos fiscais de acordo com o termo de referência e solicitação de propostas"

*Essa meditação é que fundamenta a revisão do entendimento constante das edições anteriores. Admite-se, agora, como constitucional a alteração, precisamente porque o "consórcio" que contrata com a Administração Pública não tem a mesma configuração que teria aquele de direito privado. São situações distintas, na medida em que o consórcio, no âmbito do direito privado, apresenta conformação própria. **Cada consorciado, no direito privado, atua isoladamente e não se apresenta perante os terceiros como uma soma de recursos econômicos e de pessoal. Não há responsabilidade solidária porque não há atuação conjunta perante terceiros. Isso não ocorre no âmbito administrativo, em que a Administração não realiza uma pluralidade de contratos – um com cada consorciado. Há um único contrato. A Administração contrata com o 'consórcio', o que torna a situação radicalmente distinta.**" (grifou-se)*

Aqui abram-se parênteses para dizer que a constituição do consórcio sequer implicará no surgimento de pessoa jurídica distinta das empresas consorciadas, conforme determinação expressa do Edital de Licitação e previsão contida no próprio Termo de Compromisso de Constituição do Consórcio, abaixo reproduzidos:

EDITAL:

7.3. Os Documentos de Habilitação consistirão de:

7.3.1. HABILITAÇÃO JURÍDICA

7.3.1.5. Compromisso Público ou Particular de Constituição de Consórcio, em se tratando de consórcio, que deverá ser apresentado subscrito pelos consorciados, do qual deverá, com clareza e precisão, constar:

e) Compromisso de que o consórcio não terá sua composição ou constituição alterada, ou, sob qualquer forma, modificada, sem prévia anuência da CONTRATANTE, até o termo final do contrato."

TERMO DE COMPROMISSO DE CONSTITUIÇÃO DO CONSÓRCIO:

CLÁUSULA SEGUNDA – DESIGNAÇÃO

Pelo presente instrumento particular, as partes constituem, o presente consórcio, o qual será denominado ATP/LBR doravante denominado tão somente CONSÓRCIO, o qual não se constitui, nem se constituirá, em pessoa jurídica diversa de seus integrantes e de que o consórcio não adotará denominação própria."

Ora, se não há a constituição de nova pessoa jurídica, distinta das empresas integrantes do consórcio, se há dispositivo legal que impõe a responsabilidade solidária das consorciadas por todos os atos praticados em consórcio e se há, ainda, previsão expressa no Termo de Compromisso do Consórcio de que as empresas consorciadas obrigam-se, individualmente, pela integralidade do objeto da licitação, não há falar-se em descumprimento a qualquer norma editalícia, sobretudo ao Item 7.3.1.5, "g" do Edital.

Entender de outro modo, isto é, que o Consórcio ATP / LBR, ao fazer constar do seu Termo de Compromisso de Constituição que cada uma das consorciadas obriga-se pela integralidade do objeto contratual, descumpriu o Item 7.3.1.5, "g", do Edital de Licitação simplesmente porque não discriminou, de forma individualizada, as obrigações de cada empresa, significa permitir que o formalismo se sobreponha à busca de uma melhor proposta

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 671/672.



para a Administração, em detrimento da eficiência, da eficácia e da economicidade do processo licitatório.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, é pacífica no sentido de que a Administração Pública não pode descumprir as regras editalícias, em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, mas que rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir à interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, na qual se busca a proposta mais vantajosa à Administração, senão, veja-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 28, III, E 41 DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA. HABILITAÇÃO JURÍDICA COMPROVADA. ATENDIMENTO DA FINALIDADE LEGAL. DOCTRINA. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO. 1. A Lei 8.666/93 exige, para a demonstração da habilitação jurídica de sociedade empresária, a apresentação do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado (art. 28, III). 2. A recorrida apresentou o contrato social original e certidão simplificada expedida pela Junta Comercial, devidamente autenticada, contendo todos os elementos necessários à análise de sua idoneidade jurídica (nome empresarial, data do arquivamento do ato constitutivo e do início das atividades, objeto social detalhado, capital social integralizado e administradores). 3. Inexiste violação da lei ou do instrumento convocatório, porquanto a recorrida demonstrou sua capacidade jurídica e atendeu, satisfatoriamente, à finalidade da regra positivada no art. 28, III, da Lei 8.666/93. 4. **A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art. 41). Contudo, rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º).**

5. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp n.º 797.170/MT, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, 1ª Turma, DJ 07.11.06, p. 252 – grifou-se)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. DOCUMENTO DECLARADO SEM AUTENTICAÇÃO. FORMALISMO EXACERBADO. PRECEDENTES.

1. **Esta Corte Superior possui entendimento de que não pode a administração pública descumprir as normas legais, em estrita observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 41 da Lei n. 8.666/1993. Todavia, o Poder Judiciário pode interpretar as cláusulas necessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar da concorrência possíveis proponentes.**

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no REsp n.º 1.620.661/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, 2ª Turma, julgado em 03.08.17, DJe 09.08.17 – grifou-se)

13

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. **A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.** 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida.

(STJ - MS 5.869/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 1ª Seção, julgado em 11.09.02, DJ 07.10.02, p. 163 – grifou-se)

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que igualmente tem mitigado os rigores do formalismo excessivo nas licitações públicas, com vistas à satisfação do interesse público mediante a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, como se observa do excerto abaixo transcrito:

“(...) persegue a Administração no procedimento licitatório a satisfação do interesse público, mediante a escolha da proposta mais vantajosa, mas sem deixar de lado a necessária moralidade e o indispensável assecuramento da igualdade entre os participantes, premissas de assentada constitucional, notadamente no art. 37, caput e inciso XXI, da Carta Magna.

Como consta do art. 3º da Lei nº 8.666/93 (...) afigura-se como princípio básico do procedimento licitatório, entre outros, a vinculação ao instrumento convocatório. Essa vinculação objetiva garantir o cumprimento do interesse público, pois não há dúvidas de que a obediência ao edital possibilita o controle de todos os princípios aplicáveis à licitação (legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, entre outros).

(...) Verifica-se, pois, que o vício reconhecidamente praticado pela ora recorrida, embora reflita desobediência ao edital, consubstancia tão-somente irregularidade formal, incapaz de conduzir à desclassificação de sua proposta.

Se de fato **o edital é a “lei interna” da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições.** Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, **repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados.** Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício.

Desta forma, se a irregularidade praticada pela licitante vencedora a ela não trouxe vantagem, nem implicou em desvantagem para as demais participantes, não resultando assim em ofensa à igualdade; se o vício apontado não interfere no julgamento objetivo da proposta, e se não se vislumbra ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.”

95

(STF – RMS n.º 23714/DF, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, julgado em 05.09.00, DJ 13.10.00 – grifou-se)

Vê-se, portanto, o desacerto da decisão recorrida ao declarar a inabilitação do Consórcio ATP / LBR para o certame em curso, eis que demonstrada a sua plena regularidade jurídica e aptidão técnica para executar o objeto licitado, impondo-se a sua reforma e a declaração de habilitação do aludido consórcio para a licitação.

3. DO PEDIDO.

Ante o exposto, a ATP Engenharia Ltda., na condição de Empresa Líder do Consórcio ATP/LBR, requer que V. Sa. se digne de:

- A.** Dar provimento ao presente recurso, para reconsiderar a decisão recorrida que declarou a inabilitação do Consórcio ATP / LBR para o presente Certame e, assim, declará-lo plenamente habilitado, como de fato o é;
- B.** Caso não entenda pela reconsideração, que remeta o presente recurso à autoridade superior, a qual deverá dar-lhe total provimento.

Nestes termos,
Pede deferimento.
Recife/PE, 17 de abril de 2019.


CONSÓRCIO ATP / LBR
ATP ENGENHARIA LTDA.
Rodrigo Lopes Theodozio
Representante Legal