

Ilustríssima Senhora, Presidente da Comissão de Licitação do Município de Biguaçu  
- SC.

## **RECURSO CONTRA INABILITAÇÃO**

Ref.: Tomada de Preço N° 165/2021 PMB

**A DIMENSE ENGENHARIA E CONSTRUTORA LTDA**, devidamente inscrita no CNPJ; 27.404.978/0001-75, com sede na Arnaldo Zuqui, bairro Dom Joaquim, Brusque – SC, CEP: 88.350.752, com fulcro no inciso XVIII, artigo 109, inciso I da Lei 8666/93, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria apresentar:

**RECURSO ADMINISTRATIVO**, Contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que inabilitou a recorrente, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:

### **DOS FATOS**

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame supracitado, a recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias.

No entanto pregoeiro e equipe de apoio julgou a subscrevente inabilitada, sob a alegação de que a empresa Dimense não apresentou a comprovação do pagamento da apólice do seguro do item 8.3.11 2, para comprovar o depósito do item 8.3.11 que se trata de garantia do contrato do artigo 56 da Lei de Licitações:

Deverá apresentar dentro do envelope de habilitação garantia de proposta através do protocolo de caução equivalente a 1% do valor máximo admitido pelo município para esta licitação em uma das modalidades previstas no §1º do artigo 56 da Lei 8.666/93:

Ocorre que a empresa no momento era apenas licitante, apresentou a apólice e conjuntamente ainda apresentou a comprovação de possuir Patrimônio Líquido mínimo, de valor não inferior a 10% (dez por cento) do valor da obra. As proponentes deveriam comprovar a situação do Patrimônio Líquido através do Balanço Patrimonial, conforme solicitação editalícia do item 8.3.8.

## DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Em detrimento do respeito ao Princípio da Legalidade nenhum ato administrativo poderá ocorrer sem que exista uma lei prévia o permitindo. Portanto a administração Pública assim como os servidores públicos estão altamente atreladas a lei, dela não podendo se desvencilhar como leciona Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, **sujeito aos mandamentos da lei** e às exigências do bem comum, **e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal**, conforme o caso.”

Não existe discricionariedade pelo poder agente público, como existe ao particular, bem como concorda Meireles:

“**Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal.** Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, **na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.** A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim””. (Meirelles (2000, p. 82)).

Desta forma na elaboração de um edital, o administrador público não pode inovar ou criar leis, embora o edital seja conhecido como a “*lei interna das licitações*”, cujas regras obrigam licitantes e Administração Pública, é imperioso sempre ressaltar que as disposições editalícias não devem distanciar-se dos preceitos legais e muito menos da Constituição Federal.

Não pode o edital inovar e criar exigências sem respaldo legal, pois além de afrontar a legalidade, princípio genérico direcionado a toda Administração Pública, também estará violando o princípio específico da competitividade e da ampla participação das Licitações.

## **DO LIMITE DO PODER DISCRICIONÁRIO**

O Poder Discricionário tem um limite, o seu limite é a Lei e a sua interpretação pacificada pelas Cortes Superiores, a competência do administrador público ao editar o ato convocatório em comento.

Se de um lado a Lei permitiu aos agentes públicos a elaboração de editais, lhes delegando o uso do poder discricionário, por outro lado, cuidou de lhes impor limites, claros e bem definidos para o cuidado da coisa pública: todas as exigências deverão ser fundamentadas em critérios estritamente vinculados aos ditames legais e à real e efetiva garantia de cumprimento do contrato, garantindo o respeito aos princípios constitucionais de isonomia e eficiência, bem como aos de legalidade, impessoalidade, igualdade, probidade administrativa e do interesse público.

Em brilhante artigo do professor Robertônio Santos Pessoa, na revista eletrônica “Jus Navegandi”, o grande mestre ensina, a respeito do princípio da eficiência:

“(...) Assim, no uso de uma competência discricionária o gestor público não detém a prerrogativa de optar por uma solução que seja, no ponto de vista técnico, de eficácia duvidosa, ou comprovadamente menos eficiente diante de outras alternativas possíveis. Conduta contrária a esta diretriz viola o próprio princípio da legalidade e, por tabela, o novel princípio da eficiência, positivamente agora explícita de uma exigência inerente àquele.”

Por fim, o poder discricionário não atribui poder ilimitado ao gestor público, mas sim entrega responsabilidade a ele de utilizar esse poder de forma razoável, proporcional e legal. Não sendo razoável e nem proporcional inabilitar uma empresa que está apta a executar os serviços, já que apresentou prova contundente de ter feito mais a outras prefeituras, podendo gerar economicidade ao erário público, já que o eliminou da etapa de lance de forma totalmente exacerbada perante ao entendimento do Tribunal de Contas como veremos a frente.

### **DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA CUMULATIVA DO CAPITAL SOCIAL MÍNIMO E GARANTIAS.**

Portanto como visto acima, a discricionariedade do agente público tem um limite, sendo este limite é a Lei e o seu entendimento pacificado jurisprudencial, que por sua vez deriva de um respeito a Constituição Federal, e a discricionariedade do agente público é fazer o que lhe é autorizado e não apenas não fazer o que lhe proíbe como o particular.

Portanto ao fazer a dupla exigência fere a Lei das Licitações no qual o edital é inferior, ele não pode sobrepor os efeitos legais, que segundo § 2º do artigo 31 é claro que deve pedir um **OU** outro:

A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado. (grifou-se)

Em consulta ao nosso Tribunal de Santa Catarina também teve manifestação favorável a este entendimento do § 2º do artigo 31, gerando a Decisão /600431215\_2884712:

É **ilegal a exigência simultânea**, nos instrumentos convocatórios, requisitos **capital social mínimo e garantias** para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes. (Grifo nosso)

Desta feita, com o limite traçado pelo Tribunal barriga verde, compactua com o do Tribunal de Contas da União, é a não cumulação de patrimônio líquido com garantia contratual, que inclusive publicou uma súmula sobre o assunto, a súmula 275:

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado**, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

## **DA EXIGÊNCIA DA GARANTIA CONTRATUAL NA HABILITAÇÃO.**

O entendimento do Tribunal de Contas é pacificado quanto a apresentação da da garantia contratual ser apresentada apenas para efeito de contrato, conforme Acórdão nº 401/2008 – Plenário, *“exija a comprovação da prestação da garantia contratual antes da celebração do respectivo termo, em cumprimento ao art. 56 da Lei nº 8.666/93”*.

Portanto ainda que se fosse pedido duplamente a solicitação fora no momento errôneo para o entendimento pacificado por nossa Corte de Contas.

Sendo que já colocou o entendimento no seu Manual de Licitações e Contratos:

*“Segundo visto anteriormente (no título “Garantia de Participação”), garantia de contrato geralmente só é feita por instituições financeiras após assinatura do termo. Assim, é muito importante que conste do edital e do contrato prazo suficiente para que o futuro contratado possa apresentar o documento de garantia exigido.”*

Sendo assim o recorrente comprovou capital social mínimo e de certa forma apresentou a garantia contratual que será efetivado para efeito de contrato ou no momento que se tornar vencedora, pois existe prazo para pagamento no próprio boleto.

No caso de alegação do Princípio ao Instrumento Convocatório e o ato de não ter impugnado anterior, não prospera pois Edital está abaixo da Lei na hierarquia das normas e este deve ser respeitada pelo próprio, o que foi demonstrado

anteriormente o seu desrespeito ao artigo 31 da Lei 8666/93, corroborando para a habilitação da recorrida, em prol do Princípio da Legalidade, da Ampla Participação e por consequência da economicidade.

No andar do processo, convém lembrar também que algumas empresas assinaram a renúncia recursal, logo não cabe a elas as contrarrazões.

## **DO PEDIDO**

Na esteira do exposto, requer-se seja julgado provido o presente recurso, com efeito para que, reconhecendo-se a ilegalidade da decisão hostilizada, como de rigor, admita-se a habilitação da recorrente.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão, bem como a partir desta data incline - se no sentido da não exigências demasiadamente ilegais, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informando, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93.

Nestes Termos P. Deferimento

Biguaçu, 19 de outubro de 2021

Sérgio Zancanaro  
CPF:003.655.259.36  
RG: 3447231  
CNH: 02780762318