



Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse

Gabinete: Praça Chafia Chaib Baracat, 351 – Tel. (19) 3896-9002 – Cep 13830-000
email: prefeitura@pmsaposse.sp.gov.br – Santo Antonio de Posse – SP

Pregão Presencial nº. 157/2022

Processo nº. 4396/2022

Trata-se de pedido de Impugnação Interposta pela Empresa **TRYX AÇÕES INTELIGENTES LTDA**, CNPJ/MF sob nº. 20.079.368/0001-02, com sede a Avenida Doutor Chucri Zaidan, 1550, Vila Cordeiro em São Paulo, Capital, CEP 04583-110 no processo acima especificado, questionando acerca do **FALTA DE EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA “DEVIDAMENTE AVERBADO JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTA”**, (Grifo Nosso) uma vez que o Edital em seu item 10.4.3 prevê a exigência de Atestado de Capacidade Técnica, porém sem a necessidade de averbação junto ao Conselho Regional de Nutricionista.

Vejamos !

“10.4.3. Atestado(s) de desempenho de atividade pertinente e compatível com o ramo de operação da licitante e objeto desta licitação, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprovem quantitativos no mínimo de 50% (cinquenta por cento) de cozinheiras, indicando quantidades, prazos e outros dados característicos dos serviços realizados, conforme súmula nº. 24 do TCE SP”

Inicialmente cumpre frisar que a estipulação de quantitativos no atestado é uma discricionariedade da Administração, que o fará conforme sua necessidade, levando em consideração a prática do mercado, visando sempre o interesse público. Não há dispositivo legal que imponha quantitativo mínimo ou máximo, sendo que tal regulamentação está fixada, no caso do Estado de São Paulo na Súmula 24 do TCE/SP. Como corretamente fixado no presente caso.

Da mesma forma a questão da averbação nos Órgãos ou Entidades de Classe está intimamente atrelada a riqueza de detalhes técnicos exigidos para cada caso e também atrelada ao Poder Discricionário da Administração Pública.

A propósito a questão de apresentação de atestado, sem necessidade de averbação nos Órgãos ou Entidades de Classe, para entrega dos serviços objeto da presente licitação, que diga-se de passagem não necessitam conhecimento técnico de alto ato nível, bem como para aquisição de produtos de prateleira é uma



Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse

Gabinete: Praça Chafia Chaib Baracat, 351 – Tel. (19) 3896-9002 – Cep 13830-000
email: prefeitura@pmsaposse.sp.gov.br – Santo Antonio de Posse – SP

prática desta administração que inclusive foi levada a efeito há vários anos, mostrando-se compatível com a realidade do mercado.

Notamos o que reza a legislação sobre a questão da licitação. Pois bem, a Lei 8.666/1993 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, estabelece no art. 3º que: *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.*

No tocante à Administração Pública, é célebre a formulação segundo a qual, enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíba, o Poder Público só poderá fazer aquilo que esteja expressamente previsto em lei. O princípio da legalidade, em matéria de licitação, é de suma relevância, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei.

Tal obrigatoriedade atinge a todos os agentes públicos que, no exercício de suas funções, não poderão desvincular-se das balizas impostas pelas normas que incidam sobre o tema das licitações e contratos, sob pena de ilegalidade dos atos que praticarem, e do desencadeamento de sanções civil, penal e administrativa.

Evidente que há de se ter a devida ponderação quando da interpretação da incidência do princípio da legalidade no seio dos procedimentos licitatórios. Partindo-se de uma concepção estrita da legalidade, chegar-se-ia à extremada situação do administrador que, sem qualquer juízo de valoração, em todas as situações, resumiria seu campo de atuação à mera observância literal de um preceito legal.

A atividade administrativa não se limita a realizar o comando normativo aparentemente previsto no texto legal. Deve o administrador pautar sua atuação de forma a não reputar a norma escrita como fim, mas como meio para se atingir a real finalidade de toda e qualquer atividade do Estado: o interesse público. Fale-se, nesse ponto, no chamado princípio da finalidade. Nos dizeres de Afonso Queiró, citado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "*o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma*".



Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse

Gabinete: Praça Chafia Chaib Baracat, 351 – Tel. (19) 3896-9002 – Cep 13830-000
email: prefeitura@pmsaposse.sp.gov.br – Santo Antonio de Posse – SP

Com efeito,... o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais do que isso: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la.

Portanto, a atividade administrativa mais consentânea com o real sentido do Estado Democrático de Direito, ao observar o princípio da legalidade, não pode prescindir da legitimidade cujo referencial é o interesse público. Nesses termos, só será legítimo o comportamento administrativo se houver, além da observância dos aspectos formais de atendimento das regras legais, o respeito aos valores consagrados expressamente como fundamentos do ordenamento jurídico-constitucional.

Em outros termos, está-se a exigir do administrador um papel que extrapole o de mero aplicador do texto legal e implique em uma atividade realmente interpretativa.

Afinal, partindo-se do pressuposto de que não há identidade entre a *norma jurídica* e o *texto normativo*, tem-se que a atuação do administrador depende da realização da concretude do texto legal, que impescinde de uma atividade interpretativa, vez que a norma jurídica é o significado que o jurista constrói a partir da leitura dos textos.

Logo, não se pode dizer que a Administração atua tão-somente com base na literalidade do texto normativo. A bem da verdade, o comportamento administrativo será pautado na norma jurídica, cuja produção é derivada de um processo intelectual do intérprete/administrador que contempla uma concepção de legitimidade e finalidade. A concepção da juridicidade apresenta-se como uma evolução do entendimento do princípio da legalidade. Não se tratam, portanto, de ideias divergentes, mas convergentes e complementares entre si.

Desse modo, hodiernamente, entende-se a legalidade como o princípio que vincula a Administração a todo o sistema normativo, abrangendo os princípios constitucionais explícitos (moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia) e implícitos (razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé objetiva, supremacia do interesse público), nas normas constitucionais e legais vigentes, bem como a imprescindibilidade de atendimento às necessidades sociais em questão.



Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse

Gabinete: Praça Chafia Chaib Baracat, 351 – Tel. (19) 3896-9002 – Cep 13830-000
email: prefeitura@pmsaposse.sp.gov.br – Santo Antonio de Posse – SP

Distinguem-se a esfera da juridicidade – domínio amplo do Direito, composto de princípios e regras jurídicas – da esfera da legalidade – circunscrita às regras jurídicas, reduzindo-se somente a última no sentido estrito de conformidade dos atos com as regras legais. É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas.

Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento.

Cumpra lembrar que o atual estágio evolutivo da hermenêutica jurídica não mais coaduna com uma postura extremamente formalista por parte do Administrador Público, devendo este pautar-se por uma noção mais complexa e sistêmica do direito, ou seja, por uma noção de juridicidade, superando-se, desse modo, a concepção de legalidade estrita.

Não se pode esquecer que a lei não tem fim em si mesma ou em sua mera literalidade, de forma desapegada a qualquer razoabilidade que norteie o atingimento e a consecução de uma finalidade maior. É nesse sentido lição de MARÇAL JUSTEN FILHO¹, *in verbis*:

Vale dizer, as normas jurídicas não se confundem com a letra da lei.

(...)

A lei não é elaborada para bastar-se em si mesma, tal como se os fins do Direito fossem menos relevantes do que as palavras do legislador. Como ensinou English, ‘não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei’.

Nesse passo, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (...). O princípio da regra da razão expressa-se em ‘procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária de segurança, temperada pela justiça, que é a base do direito.

Partindo-se da compreensão de que o objetivo maior do procedimento licitatório é a consecução do interesse público aliada à observância dos primados da isonomia e igualdade de tratamento e condições entre os participantes, há que se conferir uma interpretação finalística e legitimadora ao texto na Lei nº 8.666/93.



Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse

Gabinete: Praça Chafia Chaib Baracat, 351 – Tel. (19) 3896-9002 – Cep 13830-000
email: prefeitura@pmsaposse.sp.gov.br – Santo Antonio de Posse – SP

Com efeito, o Poder Judiciário se inclina em reconhecer que o procedimento licitatório não deve ser pautado num formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade e equipare-o a uma gincana, na qual interessa apenas o cumprimento da etapa definida, indiferentemente de sua razão de ser. **Contudo as regras devem ser respeitadas por todos.**

Nesse sentido, temos que as regras estatuídas com o objetivo de manter a equiparação e equilíbrio, bem como aquelas postas para garantir a execução dos serviços devem ser respeitadas em benefício da administração pública bem como em garantia dos próprios serviços a serem prestados.

No caso específico temos que a Lei de Licitações organiza o procedimento administrativo realizado toda vez que a Administração Pública – ou mesmo entidades com a qual tenha relações – objetive conceder a particulares, por meio de contrato, a prestação de serviço público e/ou a realização de obra pública, ou serviço, entre outros eventos, sob sua responsabilidade.

Existe um dever do Estado de democratizar o acesso aos seus contratos, por isso, é obrigação permanente licitar, salvo exceções previstas em lei, nos casos de licitação dispensada, dispensável ou inexigível. É também manifestação concreta do princípio da impessoalidade, porque o agir administrativo deve tratar todos os concorrentes com isonomia, porém sempre deve buscar proteger o interesse público, ao contemplar a proposta mais vantajosa (CF, art. 37, XXI).

No caso concreto, é importante evidenciar desde o início, todas essas condições foram preservadas no Edital. A legalidade, impessoalidade, a moralidade, a probidade, a publicidade, o interesse público, e, com o mesmo nível de atenção, a eficiência.

Cabe frisar que o tratamento isonômico dos licitantes¹ é regra fundamental de todo o processo licitatório (CF, art. 37, XXI), e a identificação da proposta mais vantajosa para o Poder Público, o seu objeto. Em verdade, o processo licitatório é uma decorrência dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da impessoalidade.

A impessoalidade, a isonomia, a igualdade, por sua vez, verdadeiros sinônimos para o Direito Administrativo, afirmam-se a partir da própria existência do procedimento, porque é finalidade da contratação via licitação permitir as mesmas oportunidades de estabelecer relações negociais com a Administração. Para o



Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse

Gabinete: Praça Chafia Chaib Baracat, 351 – Tel. (19) 3896-9002 – Cep 13830-000
email: prefeitura@pmsaposse.sp.gov.br – Santo Antonio de Posse – SP

artigo 3.º, § 1.º, inciso I, da Lei 8.666/1993, a definição do objeto da licitação não pode se pautar por cláusulas e condições que restrinjam as possibilidades de os particulares participarem da disputa, senão por razões de ordem técnica. Na verdade, exige-se apenas a definição de padrões justificáveis de exclusão, no limite do razoável, para que não se frustrate o caráter competitivo do evento e a igualdade de tratamento para os licitantes. No julgamento das propostas, levamos em conta tão-somente critérios objetivos, que normalmente se constituem a partir da descrição do objeto, da escolha da modalidade e do tipo de licitação mais adequado. O julgamento objetivo pressupõe a clareza do objeto pretendido pela Administração, o que deve ser minuciosamente descrito no próprio edital, evitando-se sempre o exagero de exigência, capaz de frustrar o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios.

A exigência de comprovação de capacidade técnica, a partir da apresentação de um atestado de qualificação, decorre de uma escolha do Poder Público, no exercício de sua discricionariedade técnica, e, por óbvio, respaldada em preocupações e necessidade claras, a partir do que está previsto no próprio Edital.

Na convicção do Poder Público, e seus técnicos, a documentação relativa à qualificação técnica que está discriminada no instrumento convocatório é pertinente e compatível (Lei 8.666/1993, art. 33) com o objeto da licitação. Na verdade, a razoabilidade no rigor nessas exigências protege diretamente o interesse público, o interesse da comunidade que espera pelo serviço, e quer a integração entre qualidade e velocidade de execução, vetores importantes do princípio da eficiência.

Por vezes, é importante ressaltar, na tentativa de ampliar ao máximo a dimensão de competitividade em torno do objeto, não se pode prejudicar diretamente o andamento do serviço, o seu grau de resolutividade, o que obriga posteriores aditamentos, misturando problemas de planejamento, com dificuldades de execução, e revisões frequentes das cláusulas econômico-financeiras presentes no contrato. Com relação ao serviço de “cozinheiras”, não existe espaço para grandes questões de exigência técnicas.

A propósito, note -se que a questão da nutricionista é abarcada no Edital, conforme podemos comprovar abaixo.

“10.4.1. Prova de registro do(s) responsável (is) técnico(s) nutricionista no Conselho Regional de Nutrição – CRN, nos termos da Lei nº. 8.234 de 17/09/91 e Resolução CFN nº. 380/2005.



Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse

Gabinete: Praça Chafia Chaib Baracat, 351 – Tel. (19) 3896-9002 – Cep 13830-000
email: prefeitura@pmsaposse.sp.gov.br – Santo Antonio de Posse – SP

10.4.2. Declaração carimbada e assinada pelo representante legal que a empresa dispõe e/ou de que reúne condições de apresentar no ato da assinatura do contrato, caso seja vencedora do certame, a relação das(os) cozinheiras(os), nutricionistas e técnicos de nutrição e dietética em quantidade suficiente, conforme exigido no Termo de Referência – Anexo II do Edital.

10.4.3. Atestado(s) de desempenho de atividade pertinente e compatível com o ramo de operação da licitante e objeto desta licitação, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprovem quantitativos no mínimo de 50% (cinquenta por cento) de cozinheiras, indicando quantidades, prazos e outros dados característicos dos serviços realizados, conforme súmula n°. 24 do TCE SP.

10.4.4. Comprovação da licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para a entrega dos envelopes “proposta” e “documentação”, profissional(is) responsável (is) técnico(s) de nível superior devidamente inscrito no Conselho Regional de Nutrição.”

Na prática, reflete a preocupação do Poder Público em garantir a evolução tranquila da prestação do serviço de preparo de alimentação escolar, destinada aos alunos da rede municipal de ensino.

O atestado ora exigido não tem o papel de excluir, mas selecionar efetivamente uma proposta que atenda com segurança as necessidades da Administração e, por consequência, da própria comunidade beneficiada pelo serviço que será contratado, precisando ser considerado como legal e legítimo.

A exigência é correta, quando razoável, ou proporcional, em relação a complexidade do serviço e a preocupação com a qualidade do que será oferecido para a população. No caso observamos que a empresa realmente precisa demonstrar a vivência, ou seja, ter sido efetivamente testada no serviço que pretende prestar.

Porém, a questão da averbação pretendida pela Impugnante estaria mais a restringir o procedimento sem nenhuma justificativa plausível do que dar garantia ao Poder Público.

Ante o exposto, e, em homenagem os princípios constitucionais, entendo que **DEVE** conhecer da Impugnação, pois tempestiva, porém



Prefeitura Municipal de Santo Antonio de Posse

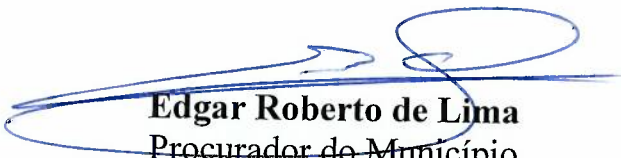
Gabinete: Praça Chafia Chaib Baracat, 351 – Tel. (19) 3896-9002 – Cep 13830-000
email: prefeitura@pmsaposse.sp.gov.br – Santo Antonio de Posse – SP

INDEFERIR O PEDIDO “in totum” para MANTER intacto e sem retoques o Edital do Pregão Presencial nº. 157/2022.

Por fim, baseado na decisão a ser exarada, determinar-se por consequência o regular tramite da licitação.

Ciências aos interessados.

Santo Antonio de Posse em 10 de novembro de 2022


Edgar Roberto de Lima
Procurador do Município
OAB/SP 226.803