



ILUSTRÍSSIMA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E EQUIPE DE APOIO.

Pregão Presencial nº: 069/2023

Processo nº: 3.493 /2023

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO DE UNIDADES ESCOLARES, INCLUINDO SEUS MOBILIÁRIOS E EQUIPAMENTOS, VISANDO A OBTENÇÃO DE ADEQUADAS CONDIÇÕES DE SALUBRIDADE E HIGIENE, COM DISPONIBILIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA, SANEANTES DOMISSANITÁRIOS, MATERIAIS E EQUIPAMENTOS, de acordo com o ANEXO II – Termo de Referência e demais condições estabelecidas neste edital.

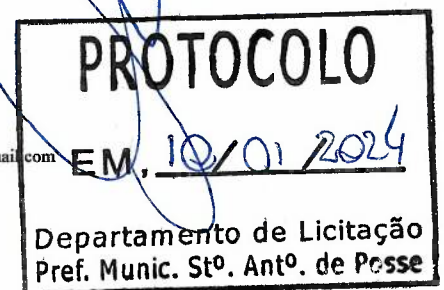
Top Brasil Terceirizações Ltda., CNPJ: 18.814.633/0001-07, com fulcro na Lei n. 8666/93, vem, respeitosamente à presença de Vossas Senhorias, por sua representante constituída, na forma da Legislação Vigente e de acordo com o Edital de Licitação, apresentar as RAZÕES contra a habilitação da empresa Versatprest Serviços de Mão de Obra EIRELLI, inscrita no CNPJ sob o nº 14.444.091/0001-69, e contra a inabilitação desta recorrente de forma arbitrária, visto que seguiu plenamente o que rege o edital;:

II-PRELIMINARMENTE

A licitante recorrida, não deve continuar habilitada e denominada vencedora do referido certame, pois não reuniu critérios técnicos e administrativos para tal, além do pleno atendimento ao pregão em tela, do tipo menor preço global.

Abaixo listaremos e versaremos motivadamente as razões pelas quais, esta empresa não deve continuar habilitada, baseando-nos nas diversas legislações, jurisprudências, sumulas e decretos, além do pleno atendimento aos princípios da administração pública, que devem seguir à risca as leis. Não deixando de assegurar a motivação, a razoabilidade, a cautela formal, e a imprescindibilidade do julgamento dos documentos habilitatórios em consonância com o instrumento convocatório.

Bem como versaremos sobre a inabilitação arbitrária desta recorrente, por erros crassos no edital do certame, que indubitavelmente ocasionou a desclassificação desta empresa.





III-DOS FATOS

No dia 01 de dezembro de 2023, reuniram-se empresas e a Pregoeira e respectivos membros para realizar os procedimentos relativos ao Pregão Presencial 06/2023, na sala de licitações da municipalidade.

Inicialmente a Pregoeira abriu a sessão pública em atendimento as disposições contidas no edital, divulgando as propostas recebidas e abrindo a fase de lances. A empresa declarada vencedora ora possuía todos os documentos necessários e solicitados em edital, porém, a empresa recorrente manifestou o interesse de apresentar recurso contra a decisão da comissão que a empresa recorrida deixou de estar com as obrigações editalíssimas em dia, de forma a deixar de ser isonômica aos demais concorrentes. Desta forma, apresenta sua peça recursal no sentido de solicitar a inabilitação e desclassificação da recorrida. Bem como, da revisão da inabilitação desta recorrente, visto que atende plenamente o edital.

Finalizando, não há mais nada que esta recorrente possa fazer senão, apenas, como lhe restou apresentar sua peça pedindo a inabilitação da recorrida, por atos que ocasionam de fato sua inabilitação.

IV-DO DIREITO

1-Da planilha de custos apresentada

Abaixo versamos sobre os atos falhos quanto a planilha de custos apresentada pela recorrida. Destarte destacar que inicialmente na data de 06 de dezembro de 2023, em análise da planilha apresentada pela recorrida juntamente com sua proposta de preços, a mesma apresentou com valores diversos ao valor da proposta, caso este apontado pela Secretaria Municipal da Fazenda em que se pese com parecer de inabilitação da recorrida.

Visto isso, foi oportunizado a recorrida que corrigisse a planilha de custos, com vistas a "vantajosidade" e razoabilidade no estreito julgamento.

Porém, como discorreremos a seguir a empresa recorrida, ao apresentar a nova planilha de custos, ao tentar ludibriar a nobre comissão e seus concorrentes lançou valores totais totalmente desconexos com a realidade, o que ocasiona a majoração do valor final da proposta e sua inexequibilidade, bem como não constou na planilha de custos os valores de equipamentos conforme o item 2.1.1.

Consoante explicitados linhas acima incorreu em erro insanável a Recorrida na composição do cálculo da tabela para o faxineiro 44 horas (três turnos), senão vejamos;



Benefícios mensais e diários, a recorrida constou o valor total de R\$ 578,28, porém vejamos a seguir que somados os valores apresentados item a item, o valor é bem maior ao valor lançado conforme segue; Vale transporte= 171,78

Vale refeição= 614,63

Cesta básica= 120,23

Assistência médica= 29,09

Benefício social= 13,27

Auxílio creche= 15,55

Nr 07= 6,93

Logo se somarmos os valores, teremos;

Valor total de R\$ 971,48 e não de R\$ 578,28. Desta forma já fica demonstrada a majoração do valor final apresentado pela recorrida, bem como a inexecutabilidade da proposta.

Nesta mesma seara, podemos afirmar sem sobra de dúvidas que a recorrida ainda assim obtendo êxito em sua tentativa de ludibriar a comissão e demais licitantes, ainda apresentou outras rubricas que elevam o valor final deste colaborador, o que pode ser considerado jogo de planilha e possível superfaturamento, como segue;

Encargos sociais= R\$ 1.923,00. Vejamos, a inconsistência nobre comissão e caros colegas licitantes. Como podemos observar, há um grande equívoco da nobre comissão ao aceitar esta planilha corrigida, e deve inabilitar a recorrida prontamente.

Pois, temos;

Com as somatórias das rubricas dos módulos o valor final é de R\$ 5.032,78, e não o lançado como R\$ 3.678,08.

Isso visto sem ainda considerar o ajuste no bdi adotado, pois, com os valores reais lançados, o valor final do bdi também será majorado. Ou seja, teremos um valor maior que R\$ 5.032,78. Pois, ao lançar o valor de BDI real, R\$ 884,04, o valor final será de R\$ 5.303,75.

Não foi lançado na planilha de custos e materiais, os valores do item 2.1.1 do supervisor, senão vejamos o valor irrisório dos insumos lançados na planilha do encarregado de R\$ 1,60/ mês. Este valor não cobre o custo de 1/3 de um litro de combustível, utilizado para deslocamento do veículo e do supervisor. Bem como não contempla o valor real do veículo, e seus insumos. Pois bem. Em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, cabe ao licitante cumprir todas as exigências constantes no edital, sob pena de desclassificação, fatos estes que terminaram por passar despercebido pela ilustre comissão oficial

Os fatos narrados a seguir, demonstrarão, por conseguinte, o descumprimento ao edital e Legislação vigente, por parte da licitante Recorrida, que deveria ter tido suas propostas desclassificadas, na melhor forma de direito, devendo ser reformada a decisão que ensejou a classificação da proposta da licitante declarada vencedora.



Desta forma já fica demonstrada a inviabilidade da proposta, que não cobre os custos do profissional, lesando assim o colaborador e podendo vir a causar Danos ao Erário Público. Destacamos os danos causados aos colaboradores, como já vem ocorrendo por empresa ligada ao mesmo grupo econômico nesta municipalidade, como atraso de pagamentos, benefícios diários e mensais, bem como atraso no repasse do INSS e FGTS. Além do mais, a solidariedade desta municipalidade nos contratos de terceiros tem causado graves prejuízos ao erário, no tocante as verbas rescisórias de algumas empresas que deixam de cotar de forma verídica os percentuais dos colaboradores, aceito em planilhas de custos apresentados a esta municipalidade, como o item citado acima.

Ou seja, nobre comissão, não podemos nem afirmar um erro crasso como mera formalidade, e sim, neste caso como total intenção, apenas de tornar os valores exequíveis, e vencer o certame em tela. Conforme intitula o Ministério Público de São Paulo, em sua cartilha, o jogo de planilhas é uma fraude ao processo.

Além do mais, para robustecer ainda mais o entendimento de Vossa Senhoria, as planilhas de custos ainda inovem searas desnorteantes aos princípios de interesse público, ou seja: QUANTO AO PROVISIONAMENTO INSUFICIENTE DA CONTA VINCULADA.

Ato contínuo, se levarmos em conta os percentuais informados para as rubricas supracitadas, constantes na planilha da recorrida e julgados no TCU, ficará patente irrazoabilidade do percentual reportado na Proposta de Preços ora em análise, restando evidente, salvo melhor juízo, a manifesta INEXEQUIBILIDADE do documento ofertado.

Em fase de análise das Planilhas, constata-se a inadequação da PCT apresentada pela recorrida, tendo em vista que apenas parte dos encargos sociais possui percentual estabelecido em lei, tratando-se alguns de provisões de valores para garantir o cumprimento dos direitos trabalhistas, e que pondera a incerteza de ocorrência de algumas das situações provisionadas, e utiliza de bases históricas e análises estatísticas para garantir o provisionamento de valores suficientes à perfeita execução contratual. Assim, resta notório que a PCT encaminhada pela empresa ora recorrida não atendeu aos parâmetros colocados.

Demais disso, é preciso destacar que, um dos participantes fere gravemente o princípio da isonomia, tendo em vista que todos os licitantes, inclusive a empresa que se sagrou vencedora do certame, estiveram submetidos às mesmas regras uma vez publicizadas.

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo, Atlas. P. 246)



Nesta senda, tendo em vista que a utilização dos indicadores que possuem fundamentação legal e está pautada na razoabilidade, observa-se, ainda, que houve decadência do direito de sedição da ora recorrida, havendo aceitação tácita do quanto disposto.

Destarte e imperioso trazer à baila, o princípio constitucional da Eficiência;

Importante observar que a eficiência na administração pública brasileira não surgiu apenas com a EC 19/98. Na verdade, a ideia de eficiência já estava positivada muito antes em diversos dispositivos do Decreto Lei 200/67, promulgado sob o regime militar. Portanto àquela época já se falava na importância da ação estatal eficiente. Também, na redação original da CF 88, o constituinte deixou assentada a necessidade de ação eficiente, por exemplo, em seu art. 74: Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também já reconhecia a existência do princípio da eficiência antes da EC 19/98, afirmando "que a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CF, art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público." (6ª T. – RMS n. 5.590/95-DF – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 10.06.96, p. 20.396). Na visão de Paulo Modesto, determinou o constituinte originário a observância da eficiência no art. 70, o qual explicita as atribuições do Tribunal de Contas da União, quando menciona a fiscalização da legitimidade e economicidade e também no art. 71, quando possibilita a realização de auditorias operacionais.

Por fim, Hely Lopes Meirelles, antes mesmo da EC 19/98, já dava importância ao chamado "dever de eficiência", que na sua visão era "o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros".¹³ Nota-se, portanto, que não foi a Emenda Constitucional 19/98 que introduziu a eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, mas "apenas" lhe conferiu o status de princípio, passando a constar ao lado dos demais princípios da administração pública. Sobre o princípio como norma de Direito, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello em sua clássica lição: Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. E ainda: Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento



obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Ademais, não basta ao administrador o cumprimento da Lei, sendo imperioso considerar a eficiência não apenas como uma das suas facetas, mas como princípio independente. Há necessidade, além da ação ser embasada na Lei, que essa seja executada com presteza, celeridade, qualidade, precisão, perfeição, economicidade e muitos outros adjetivos decorrentes do princípio da eficiência.

Salienta Vladimir Rocha França:

A eficiência, a nosso ver, constitui sim princípio jurídico da administração pública, que, junto aos demais princípios constitucionais do regime jurícoadministrativo, impõe o dever da boa administração. Não se pode conceber uma administração pública que não tenha a obrigação de ser diligente e criteriosa na busca e efetivação do interesse público consagrado em lei. O princípio da eficiência administrativa tem bastante relevância quando se apura o respeito à ordem jurídica quando se está diante da discricionariedade administrativa.

Dito isso, imprescindível o exame do conteúdo do princípio da eficiência. Inicialmente, salienta-se que eficácia e eficiência não são sinônimos. A partir da análise feita por Emerson Gabardo dos conceitos de alguns autores como Renato Lopes Brecho, Egon Bockman Moreira, Cecília Vesvoci de Aragão, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro e Claus Offe²⁸, é possível afirmar que a Eficácia tem um sentido de fim, qualidade final, um sentido absoluto, enquanto a Eficiência é um conceito relativo, tem relação com o meio, com a forma como certo recurso é utilizado, não preocupando-se tão somente com o resultado final, mas com a adequada utilização deste recurso. Ademais, Paulo Modesto aduz que a eficiência pressupõe a eficácia, ou seja, abarca esta.

Na lição de Luciano Timm:

Exemplificativamente, um hospital ou uma escola pública podem ser eficientes, ao receber poucos recursos governamentais, mas atender o máximo número viável de pessoas (relação entre custo e benefício). No entanto, o serviço (educação ou atendimento) podem não ser de qualidade e satisfazer os consumidores. Ou, em outras situações, determinado serviço pode ser prestado com qualidade (como universidades públicas gratuitas), mas não significa eficiência no emprego dos recursos – pode ser que a relação entre professor e aluno seja baixa, ou que o nível de produção científica seja insuficiente frente aos investimentos feitos.

Além disso, o dever de eficiência da administração pública se mostra ainda mais importante, porque, enquanto no setor privado o particular pode escolher o serviço que lhe for mais



satisfatório, no setor público não há escolha, mas imposição, independente da qualidade do serviço prestado.

No entanto, não se pode admitir apenas um conteúdo economicista ao princípio, sendo este apenas um de seus sentidos. O princípio da eficiência, nas palavras de Paulo Modesto, é um princípio pluridimensional: a dimensão da racionalidade e otimização dos recursos e a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública, aduzindo que, para que a ação seja eficiente, ambas as dimensões devem estar presentes concomitantemente. Há um dever de otimização dos meios e do agir final.

No mesmo sentido são os ensinamentos do professor Onofre:

Indubitavelmente, para a promoção do bem comum, no que toca à atuação da AP (Administração Pública), tanto os meios como os resultados assumem cabal importância. O PE (Princípio da Eficiência), assim, é um princípio bi potencial, uma vez que volta sua ação jurídica tanto para a ação instrumental realizada, como para o resultado por ela obtido. Portanto, o princípio exige tanto o aproveitamento máximo das potencialidades existentes, isto é, dos recursos escassos que a coletividade possui, como o resultado quantitativa e qualitativamente otimizado, no que concerne ao atendimento das necessidades coletivas.

Este posicionamento corrobora o que aqui se propõe, qual seja, negar o caráter exclusivamente economicista do Princípio da Eficiência, que deve ter como escopo o atendimento dos interesses do cidadão com qualidade, presteza, celeridade, posição defendida também por Alexandre de Moraes, o qual afirma ser o princípio da eficiência aquele:

[...] que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Desse modo, a qualidade é o sentido a ser considerado quando se pensa no princípio da eficiência. No que toca à licitação, não basta ao administrador buscar economicidade, celeridade ou levar em conta formalidades desnecessárias, mas sim garantir a aquisição de produtos, bens ou serviços de maneira satisfatória. Não há eficiência quando, embora haja economia aos cofres públicos, os interesses dos administrados são postos de lado e atendidos de maneira insatisfatória.

Desta forma, contratando-se pelo menor preço, empresas pouco comprometidas podem vencer o procedimento e, devido à sua falta de organização e planejamento, prejudicar a Administração Pública com o atraso, a má execução ou até mesmo a não execução de obras.

Quanto à opção do legislador pelo critério do menor preço, Maria Sílvia Zanella Di Pietro ensina:



A preferência do legislador pelo critério do preço e as restrições ao critério da técnica podem trazer dificuldades à Administração nas licitações para determinados contratos em que, mesmo sem estarem presentes os requisitos previstos no § 3º do artigo 46, seria aconselhável levar em consideração a técnica utilizada. Isto ocorre em especial nos contratos de obras e serviços técnicos especializados, em que a seleção pelo critério exclusivo do preço pode levar a Administração a ter que aceitar proposta que, sob o ponto de vista da técnica, não é a melhor; isto, evidentemente, contraria o interesse público.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes defende que o problema não é a adoção do critério em si, mas de aspectos que o circundam. Indica o autor que o equívoco de se considerar que a Administração é obrigada a comprar produtos de baixa qualidade, face a regra geral da aquisição pelo menor preço, tem três motivos: a ausência de treinamento dos servidores responsáveis pela aplicação da lei de licitações; o equívoco de que comprar pelo menor preço obriga a aceitar qualquer produto, visto que há diversos mecanismos para garantir um mínimo de qualidade do objeto da licitação; a errada compreensão de decisões dos órgãos do controle.

Desta forma, este critério não pode ser utilizado de maneira isolada. A licitação, como desencadeamento de atos ordenados no sentido de obter a melhor proposta para a administração pública, deve ter todo o seu procedimento executado de maneira correta e coordenada, não sendo possível que a aplicação do critério do menor preço de maneira isolada garanta a melhor proposta para a Administração, sob pena de, nas palavras de José Cretella Júnior "causar danos à Administração, que escolheria a proposta mais barata e como "o barato sai caro" as obras poderão ser feitas com material de qualidade inferior ou o serviço ser prestado com mão-de-obra de péssima qualidade.

Conforme explica Joel Menezes Nieburh, "A proposta inexequível é aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens." Ressalte-se que não se trata de um ato discricionário, sendo impositivo que o administrador desclassifique proposta que, em confronto com dados concretos da realidade, mostre-se impossível de ser cumprir.

Carlos Pinto Coelho Motta ensina:

A proposta inexequível constitui-se, como se diz, em uma "armadilha" para a Administração: o licitante vence o certame; fracassa na execução do objeto; e não raro intenta, junto ao órgão contratante, reivindicações de revisão de preços, baseadas nos mais engenhosos motivos. Eis a razão de todos os cuidados leais na delimitação da proposta inexequível.

Outro aspecto a ser observado pelo administrador, embora esteja ligado diretamente ao contrato administrativo e não ao procedimento licitatório, é a correta execução e fiscalização dos contratos celebrados após o certame licitatório.



Estipula o art. 67 da Lei:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Através do acompanhamento e a exigência do fiel cumprimento da proposta vencedora, o administrador garante, por óbvio, sua realização integral. Não é, entretanto, o que ocorre atualmente. Embora seja um dever da Administração, como coloca o próprio art. 67, os administradores tratam como se faculdade fosse não dando atenção ao cumprimento dos contratos e fazendo vista grossa para irregularidades existentes.

2- Da inabilitação arbitrária

Ressaltamos ainda que esta recorrente cumpriu fielmente as normas editalíssimas, conforme segue;

“ 2.1.1 Com base no índice de produtividade média de referência para Unidades Escolares, e a totalidade dos serviços de limpeza a serem executados pela contratada conforme, o número de funcionários mínimos sugeridos é de 18 (dezoito) profissionais, para devida execução, sendo: 1 (um) supervisor – Condução e supervisão equipe, acompanhar cronogramas, controlar os equipamentos e utensílios utilizados para prestação do serviço.

Caberá a contratada, 01 (um) veículo para o supervisor, que realizará o acompanhamento dos trabalhos e manter-se à disposição da Contratante.

1 (um) limpador de vidros - limpar todos os vidros externos e internos dentro dos períodos estabelecidos, podendo ser semanalmente, mensalmente ou trimestralmente, promovendo serviços de manutenção e limpeza que visam à obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene. 16 (dezesesseis) ajudantes de serviços gerais - auxiliar em diversas funções que forem consideradas adequadas pelo Responsável/Supervisor, principalmente auxiliar na limpeza do local, promovendo serviços de manutenção e limpeza que visam à obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene. ”

Conforme produtividade já apresentada anteriormente, e que juntaremos novamente neste recurso, em anexo, a empresa recorrente cumpre o requisito do item 2.1.1 do edital, e desta forma de direito deve ser habilitada e classificada.

3-Das leis antifraude de processos licitatórios

Resguardados e pautados nas leis, apontamentos dos devidos caminhos a seguir por esta doughta comissão, visando assegurar o interesse público e a livre concorrência, bem como os princípios da administração pública e os princípios que norteiam os processos licitatórios.



Quanto à tipicidade da conduta, a conclusão obtida pelo Tribunal de origem está em consonância com o entendimento desta Corte de que

[...] o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 estabelece “um crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp n. 1.498.982/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/4/2016).

Recentemente, o TCU reafirmou seu entendimento sobre o uso de atestados falsos em licitações. De acordo com o Tribunal, a apresentação de atestado com conteúdo falso, por si, já configura a prática de fraude à licitação e tem como consequência a declaração de inidoneidade. (Ac. 1106/18-P).

No mesmo sentido, decisões anteriores indicaram que a apresentação de atestados com conteúdo falso caracteriza ilícito administrativo gravíssimo, fere os princípios da moralidade, da isonomia e da competitividade aplicáveis a todas as licitações públicas e faz surgir a possibilidade de o TCU declarar a inidoneidade da empresa fraudadora para participar de licitação na Administração Pública Federal, independentemente de a fraude ter resultado em prejuízo financeiro para a Administração. (CF-acórdãos 27/13, 2988/13 e 2677/14, todos do Plenário).

Acórdão 2233/2019: Plenário, Relator: Benjamim Zymler

A apresentação de atestado com conteúdo falso configura, por si só, prática de fraude à licitação e enseja declaração de inidoneidade da empresa fraudadora para participar de licitação na Administração Pública Federal, uma vez que o tipo administrativo previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992 consiste em ilícito formal ou de mera conduta, sem a necessidade de concretização do resultado.

Independentemente da licitante seja a vencedora ou não da licitação, a apresentação de Atestado de Capacidade Técnica falso induz a Declaração de Inidoneidade do Licitante.

Ainda nesta baila, trazemos o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015: regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Pela norma ISA 240 da Iaasb6, fraude é um “ato intencional praticado por um ou mais indivíduos, entre gestores, responsáveis pela governança, empregados ou terceiros, envolvendo o uso de falsidade para obter uma vantagem injusta ou ilegal”. Outra definição internacional vem da obra *Managing the business risk of fraud: a practical guide*: fraude é qualquer ato ou omissão intencional concebido para enganar os outros, resultando em perdas para a vítima e/ou em ganho para o autor. Nas Normas Brasileiras de Contabilidade, o termo fraude se refere ao ato intencional de omissão ou manipulação de transações, adulteração de documentos, registros e demonstrações contábeis. A fraude pode ser caracterizada por manipulação, falsificação ou alteração de registros ou documentos,



de modo a modificar os registros de ativos, passivos e resultados; apropriação indébita de ativos; supressão ou omissão de transações nos registros contábeis; registro de transações sem comprovação; e aplicação de práticas contábeis indevidas. A intenção é um elemento importante para diferenciar a fraude do erro. O erro, ainda que possua grande potencial de prejuízo, não é objeto deste referencial. Fraudes também podem ocorrer por omissão. Quanto ao benefício, em geral implica em ganhos para o agente ou para terceiros, mas não necessariamente existirá – a fraude pode ocorrer pela lesão intencional, ainda que o agente não se beneficie dela. Pode até ocorrer sem lesão, desde que o agente esteja se beneficiando. Existindo ganho, este pode ser direto – o mais comum, ou indireto, por recebimento de vantagem, mesmo que sem valoração financeira.

E neste sentido.

A lei nº 8.429/92, em seu artigo 2º, considera agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de Território.

Desse modo, a lei de improbidade se aplica ao advogado que ocupe cargo em comissão, cargo efetivo ou tenha sido contratado para o exercício de função pública, quer de maneira permanente ou transitória, com ou sem remuneração, nas entidades mencionadas, quando vier a praticar ação ou omissão, dolosa ou culposa, que gere enriquecimento ilícito, cause lesão ao erário ou viole os princípios da Administração Pública.

Estabelecida a possibilidade de responsabilização pela prática de improbidade administrativa, importante destacar que o artigo 38 da lei de licitações (Lei nº 8.666/93), ao disciplinar o procedimento licitatório, estabeleceu que os procuradores públicos promoverão: a) a juntada oportuna de pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade (inciso VI) e b) prévio exame e aprovação das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes a serem travados com a Administração (parágrafo único).

Desse modo, a lei de licitações não apenas atribuiu ao procurador público a incumbência específica de elaborar pareceres jurídicos, mas também estabeleceu que o exame e aprovação prévios de minutas, contratos, convênios e ajustes pela assessoria jurídica constituem condições de validade para sua celebração pela Administração Pública.

Porém, a questão consiste em saber se o procurador público seria responsável pela prática de improbidade administrativa toda vez que tiver elaborado parecer por dispensa ou inexigibilidade de licitação considerada indevida ou aprovado minutas e outros ajustes sem observância das regras legais.

A discussão tem lugar na doutrina, porquanto durante muito tempo, com base em aresto do Supremo Tribunal Federal¹², sustentou-se que os pareceres elaborados pelos procuradores públicos



consistiriam em simples manifestações opinativas, não constituindo atos administrativos que pudessem ser objeto de responsabilização, a não ser quando demonstrado que o profissional laborou com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. [12. Mandado de segurança nº 24073, j. 06.11.2002]

Posteriormente, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.584-1 do Distrito Federal, julgado em 9 de agosto de 2007, teve lugar, também no STF, debate a respeito da natureza do parecer emitido pelo procurador público, oportunidade em que o Ministro Joaquim Barbosa, citando ensinamento do administrativista francês René Chapus, classificou os pareceres jurídicos em três espécies: os facultativos, nos quais a prolação da opinião do procurador é facultativa, e o administrador a ela não se vincula; os obrigatórios, quando a manifestação é obrigatória e, caso dela discorde, a autoridade deve submeter novo ato a análise; e os vinculantes, quando, ou a autoridade age conforme o parecer ou, simplesmente, não age.

Conforme destacado por José Vicente Santos de Mendonça¹³, o parecer facultativo, no silêncio da lei, não geraria, em princípio – porque com as ressalvas do dolo e da culpa –, responsabilidade. Já o parecer obrigatório atribuiria responsabilidade ao subscritor (compartilhada com a do administrador), e esse seria o caso dos pareceres havidos com base no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. [13. Conforme José Vicente Santos de Mendonça in “A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards”. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/263739/DLFE-30775.pdf/10AResponsabilidadePessoaldoPareceristaPublicoemquatrostandards.pdf>. Acesso em 29.01.2015.]

Dessa forma, é possível afirmar que os pareceres “obrigatórios” não se limitam a manifestações meramente opinativas, consubstanciando-se em verdadeiros atos administrativos expedidos no desempenho de função pública, de modo que ao exercer tal função, o procurador público submete-se ao regime jurídico do Direito Público, devendo zelar pelo interesse público e observar os princípios constitucionais da Administração Pública. Caso assim não proceda, se submeterá às penalidades da improbidade administrativa.

Por outro lado, é oportuno destacar que os pareceres “facultativos”, quais sejam, os consistentes em opiniões a respeito de determinada questão, também podem ensejar responsabilidade do procurador jurídico quando demonstrado que foram elaborados com o fim de justificar a prática de ato ímprobo. A opinião pessoal não pode ser identificada com eventual fundamentação inidônea ou justificativa ilegal. A liberdade opinativa do procurador público encontra limites, devendo ser fundamentada em critérios seguros de legalidade, não podendo aludir a legislação que exige coisa diversa do que ali se fez constar para referendar um pedido despedido de elementos materiais de plausibilidade.

Não há como excluir, *prima facie*, a elaboração de parecer jurídico das hipóteses de ato de improbidade administrativa apenas por não possuir caráter vinculante ou conteúdo decisório. A função meramente opinativa do parecer não induz automaticamente à inadequação típica, pois caso o parecer jurídico seja elaborado com o fim de justificar ato de improbidade administrativa, é possível a inclusão do parecerista no pólo passivo da ação de improbidade. Para tanto, repita-se, é preciso que, desde o nascedouro, a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. Em situações como essa não há como se entender que o consultor jurídico está albergado pelas prerrogativas profissionais.



Esse entendimento encontra apoio na doutrina de Waldo Fazzio Junior¹⁴, para quem “é sempre interessante observar que, em regra, os pareceres técnicos emitidos pelos agentes públicos, no bojo dos procedimentos administrativos, têm natureza opinativa, e não vinculativa. Aliás, sequer configuram ato administrativo. Este advirá se e quando se concretizar a manifestação de vontade da Administração Pública. É a regra. O que não significa que todos os pareceres rotulados como opinativos estejam imunes à responsabilização de seu autor. É o caso anômalo do parecer opinativo formulado com o visível intuito de justificar ato de improbidade administrativa, restando demonstrada, inequivocamente, a má-fé que o moveu. Aqui, excepcionalmente, admite-se a inserção do parecerista no pólo passivo de ação de improbidade administrativa”. [14. Improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62.]

Conforme consigna Renato de Lima Castro¹⁵, “o advogado público que, dolosa ou culposamente, apresenta parecer teratológico, desconectado com o fato submetido à sua apreciação, ou se omite de registrar orientações doutrinárias aplicáveis à espécie, ou de enfatizar a inexistência de suporte fático que admita a incidência das regras excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou, ainda, que se pronuncia favoravelmente a descabidas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação; que apresentam pareceres contraditórios, ou seja, em determinado momento, o advogado público se orienta, acerca de um tema, em determinado sentido e, em outra oportunidade, em caso idêntico, manifesta-se em sentido diametralmente oposto (sem, é lógico, justificar a alteração de posicionamento), poderá ser responsabilizado pela prática de Ato de Improbidade Administrativa”. [15. “A Intervenção do advogado público e sua responsabilidade, no regime jurídico administrativo” in Ministério Público: prevenção, modelos de atuação e a tutela dos direitos fundamentais, Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.134.]

V-CONCLUSÃO

Diante de todos os itens categoricamente elencados acima do referido edital, desde o início podemos observar, que a recorrida NÃO reuniu todos os requisitos para manter-se como classificada, habilitada e vencedora por esta R. comissão, fatos mais que necessários para sua inabilitação e desclassificação.

Além do mais, a recorrida em tentativa de vencer este certame público em tela, com total ilicitude na planilha de custos, deixou evidente que de forma até aqui fraudulenta, pelo jogo de planilhas apresentada, obteve sucesso em seu feito, porem acreditamos na PROCEDENCIA DESTAS RAZÕES A FIM DA REFORMA DA DECISÃO DESTA DOUTA COMISSÃO, que assim deve prosseguir.

PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO:

Súmula 473 STF: a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam 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. Em razão do poder de autotutela, a Administração pode, de ofício, alterar, tomando providências para saná-lo através de Termo de Aditamento ou anular o edital quando a Comissão de Planejamento responsável verificar algum vício de ilegalidade. Vide art. 41 e ss. da Lei Licitações. Pertinente a estabelecermos a diferença entre ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO quando estivermos diante



de vícios na licitação. Para os agentes, o que mais interessa é a ANULAÇÃO da licitação, PORQUE É UM DEVER DA ADMINISTRAÇÃO QUANDO DIANTE DE UMA ILEGALIDADE.

VI-DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se que:

Para manter-se a lisura e o estreito cumprimento aos princípios que regem a administração pública e os processos licitatórios, pelos fins de direito, evidenciado e substanciado com as alegações e restritos cumprimentos legais das leis 8.666/93, 10.520/02, sejam ACEITAS ESTAS RAZÕES afim de inabilitar e desclassificar a licitante até o momento declarada como vencedora. E não obstante ressaltar a esta nobre comissão a revisão dos atos e a classificação e habilitação da recorrente. Conforme demonstramos, tratamos este certame com finalidades baseadas na legalidade de nossa participação, conhecendo as legislações vigentes e respeitando a lide editalíssima.

Os embasamentos jurídicos compenetrados sobre a óbice desta douta comissão, não deixam margens à atos falhos e ilegais durante o estrito julgamento do certame em tela.

Por todos os fatos aqui narrados, visando cumprir fielmente as leis que asseguram a ampla concorrência, o direito econômico, a isonomia, a legalidade, e a subordinação das contratações, que esta douta comissão julgue PROCEDENTE O RECURSO administrativo apresentado por esta recorrente.

Sem outro particular para o momento

Cumprimento- o com a mais eleva estima e apreço.

Adolfo, 10 de janeiro 2024.



TOP BRASIL TERCEIRIZAÇÕES LTDA .
CNPJ N ° 18.814.633/0001-07