

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO JULGADORA PERMANENTE DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO DISTRITO FEDERAL – DER/DF.

Ref: **CONCORRÊNCIA Nº 004/2021**
RECURSO ADMINISTRATIVO

Keetzi em 16/09/2021
às 10:00 h
DA 33577

HYTEC CONSTRUÇÕES TERRAPLENAGEM E INCORPORAÇÃO LTDA, vem, tempestivamente, à presença de Vossa Senhoria, com esteio do item 6.2 do edital epigrafado e no art. 109 da Lei Federal n.º 8.666/93, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face do ato que entendeu pela desclassificação desta licitante, pelos motivos de fato e de direito que passa a expender:

BREVE SINOPSE.

Dedica-se o presente recurso administrativo a demonstrar que a empresa recorrente cumpriu o Edital da licitação, sendo equivocada a sua inabilitação.

Saliente-se que, das 11 (onze) empresas participantes da licitação, 1 (uma) desistiu e apenas 1 (uma) foi habilitada. As 9 (nove) inabilitações deveram-se total ou parcialmente ao suposto descumprimento do item 8.8.12 do Edital.

Segundo a Comissão Julgadora Permanente, a licitante, assim como todas as demais participantes, exceto uma, teria descumprido o mencionado item 8.8.12 do Edital, abaixo transcrito:

EDITAL DE CONCORRÊNCIA N.º 004/2021:

8.8.12. O licitante deverá indicar a(s) entidade(s) preferencial(ais), **mencionada(s) no item 8.8.11**, que subcontratará, com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores, conforme o Proposta de Preços, item III deste Edital. [grifou-se]

Ocorre que tal item constava como parte do contrato que seria celebrado pela licitante vencedora, como será melhor explanado adiante, e não como requisito para habilitação.

Ademais, ainda que se tratasse de um requisito de habilitação, a eliminação de 90% (noventa) por cento das concorrentes, com a habilitação de uma única empresa apenas com base em tal requisito, cujo preenchimento é plenamente sanável, sem qualquer prejuízo ao certame e aos concorrentes, consiste em formalismo exacerbado, o que viola os princípios que regem a licitação, além da própria lei e, em última análise, a Constituição Federal.

A inabilitação desta e das demais licitantes pelo mesmo motivo acarreta uma contratação menos vantajosa para a Administração.

Nesse sentido, a decisão de inabilitação da empresa recorrente não deve prosperar.

DAS RAZÕES RECURSAIS.

DO ITEM 8.8.12 DO EDITAL. REFERÊNCIA AO CONTRATO FIRMADO COM A LICITANTE VENCEDORA, E NÃO REQUISITO DE HABILITAÇÃO.

O item 8.8.12 do Edital, utilizado como motivo para a inabilitação da recorrente, dispõe que o licitante deverá indicar uma entidade preferencial para subcontratação, nos termos do item 8.8.11.

O item 8.8.11, por sua vez, é claro ao tratar da licitante vencedora. Observe-se:

EDITAL DE CONCORRÊNCIA N.º 004/2021:

8.8.11. Nos termos dos arts. 47 e 48, inciso II da Lei Complementar Federal nº 123/2006 c/c art. 27 da Lei Distrital nº 4.611/2011 e art. 9º do Decreto Distrital nº 35.592/2014, a licitante vencedora DEVERÁ subcontratar, compulsoriamente, entidade(s) preferencial(is), assim considerada(s) a(s) microempresa(s), empresa(s) de pequeno porte e microempreendedor(es) individual(is), nos exatos termos do que dispõem o art. 3º da Lei Complementar Federal nº 123/2006, para execução de, no mínimo, 5% (cinco por cento) e de, no máximo, 15% (quinze por cento) do valor do objeto contratado.

8.8.12. O licitante deverá indicar a(s) entidade(s) preferencial(ais), mencionada(s) no item 8.8.11, que subcontratará, com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores, conforme o Postosa de Preços, item III deste Edital. [grifou-se]

Estando umbilicalmente ligados por expressa previsão editalícia, os itens 8.8.11 e 8.8.12 claramente tratam de uma exigência que será feita à licitante vencedora, no momento da celebração do contrato, e não de um requisito à habilitação no certame.

Isso se torna ainda mais claro quando se observa que os itens 8.8.11 e 8.8.12 estão localizados no item 8.8. SUBCONTRATAÇÃO, que, por sua vez, encontra-se na cláusula "VIII - DO CONTRATO" do Edital.

Os requisitos de habilitação, por sua vez, estão dispostos na cláusula "III - DA DOCUMENTAÇÃO E DAS PROPOSTAS". O item 3.4 especifica mais claramente quais são os documentos da habilitação, estabelecendo a pena de inabilitação em caso de não atendimento dos subitens ali constantes. Veja-se:

EDITAL DE CONCORRÊNCIA N.º 004/2021:

3.4. O envelope n. 01, com o título **DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO**, deverá conter, sob pena de inabilitação, em sua única via, os seguintes documentos, em plena validade e atendendo as seguintes exigências: [...]

Sendo certo que a própria organização editalícia trata de extirpar quaisquer dúvidas quanto à natureza do item 8.8.12, que consiste em previsão a ser estabelecida no contrato firmado com a licitante vencedora, e não requisito de habilitação, a inabilitação da recorrente não deve subsistir, com a devida vênua ao posicionamento inicial da ilustre Comissão Julgadora.

Do exposto, uma vez que o item 8.8.12 do Edital não consiste em requisito de habilitação, deve ser dado provimento ao presente recurso para, reformando a decisão da Comissão Julgadora Permanente, julgar HABILITADA a recorrente.

DA ELIMINAÇÃO DE NOVENTA POR CENTO DOS CONCORRENTES E DA HABILITAÇÃO DE UMA ÚNICA EMPRESA POR OMISSÃO SANÁVEL. EXCESSO DE FORMALISMO EM DETRIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO. ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 3º E 27 DA LEI DE LICITAÇÕES. DOS PRINCÍPIOS



DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DA NÃO VIOLAÇÃO AO EDITAL. DA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Consoante restou demonstrado no tópico pretérito, a empresa recorrente respeitou plenamente as regras de habilitação contidas nas normas editalícias. Apesar disso, o órgão licitante a inabilitou, por suposto descumprimento do item 8.8.12, assim como o fez com mais 8 (oito) participantes. Ao final, apenas 1 (uma) concorrente foi habilitada.

Sucedendo que o referido item não contempla um requisito de habilitação e, mesmo que o fosse, a formalidade de indicar uma empresa para subcontratação poderia ser suprida posteriormente, sem qualquer prejuízo, de maneira a evitar que temas acessórios conspurquem o certame e privilegiem questões outras que não a proposta mais vantajosa para a Administração.

Por oportuno, observem-se as disposições constitucionais e legais atinentes à situação ora enfrentada, mais especificamente o art. 37, XXI, da Constituição Federal e os arts. 3º, *caput*, e 27 da Lei de Licitações:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 37 [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

LEI FEDERAL N.º 8.666/93:

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.

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Dados os critérios constantes na Constituição Federal e na Lei de Licitações, notadamente quanto à permissão somente para exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações e quanto ao objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa, não é cabível que a Administração se apegue ao excesso de formalismo para promover a inabilitação da recorrente por ausência de indicação da eventual subcontratada.



Ademais, o item 8.8.12 não se encaixa em nenhuma das possibilidades legais de estabelecimento de requisitos para habilitação. Note-se que a lei é clara ao afirmar que a documentação disposta no art. 27 supracitado é a única exigência permitida a título de habilitação.

Convém ainda demonstrar que não é juridicamente possível desclassificar uma licitante por uma mera irregularidade formal ou omissão sanável, à medida que o interesse público deve prevalecer e, neste caso, o interesse público exige a habilitação do maior número possível de empresas. Não se pode olvidar que a natureza dos certames licitatórios é a busca de uma proposta mais vantajosa para o ente público, de modo que simples irregularidades formais não podem ser obstáculo para tanto.

Em nome do princípio da razoabilidade, os órgãos licitantes não devem se ater a preciosismos inúteis, que venham tão-somente embarçar uma maior participação de licitantes no certame, sob pena de descartar indevidamente aqueles que estejam aptos à realização do objeto licitatório por mera formalidade, em detrimento do interesse público. O rigor excessivo não pode ser óbice à avaliação conjunta de todas as demais informações disponíveis sobre o licitante, muito menos quando estas demonstram cabalmente que o licitante cumpria regularmente todas as condições para participação no certame.

O saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles defende a observância obrigatória do princípio da supremacia do interesse público na interpretação do Direito Administrativo. Sustenta que o princípio se manifesta especialmente na posição de superioridade do poder público nas relações jurídicas mantidas com os particulares, superioridade essa justificada pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Para ele, o interesse coletivo, quando conflitante com o interesse do indivíduo, deve se sobrepor¹.

Não se pode, com isso, admitir que sejam feitas exigências inúteis ou desnecessárias na licitação, e nem que se anule procedimento ou fase de julgamento, inabilite licitantes ou desclassifique propostas em virtude de simples omissões, meras irregularidades ou questões que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes, notadamente diante da posição pacífica do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu que **“em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo”**².

A manutenção da inabilitação da recorrente colidiria diretamente com a orientação do Supremo Tribunal Federal, eis que o certame ficará circunscrito a uma única empresa e, conseqüentemente, a Administração estará sujeita a uma proposta menos vantajosa em virtude de ato que não causou qualquer prejuízo, tendo como única justificativa o apego exacerbado ao formalismo.

Segue abaixo ampla e farta jurisprudência dos tribunais pátrios, da qual se extrai que as formalidades podem e devem ser afastadas em nome do interesse público, da razoabilidade e da proporcionalidade. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. IBAMA. CERTIDÃO DE IDONEIDADE. **HABILITAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. FORMALISMO EXCESSIVO AFASTADO.** DILIGÊNCIA DESTINADA A ESCLARECER OU COMPLEMENTAR A INSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO. EMPRESA SUBCONTRATADA. EXPRESSA PREVISÃO NO EDITAL. CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL ATENDIDA. SÚMULA Nº 263/2011 DO TCU. O procedimento de licitação, em nome do interesse público, deve proporcionar a participação do maior número possível de licitantes, para tanto devendo

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, citando MS nº 22.050-3, T. Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 4.5.95, v.u. DJ de 15.9.95.

ser afastadas formalidades excessivas. A ocorrência de mera irregularidade, superada à vista de outros elementos verificados no procedimento, não impede a habilitação, mormente quando o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, prevê a possibilidade de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento, que foi atendida no caso. Edital que expressamente permite empresa subcontratada (art. 78, IV, da Lei nº 8.666/93), com capacitação técnico-operacional da parte impetrante comprovada nos autos (Súmula 263/2011 do TCU). **Hipótese em que, apesar de não ter constado certificado de regularidade no IBAMA, dentro do envelope, apenas consulta ao "site" daquela autarquia quando da habilitação, a questão foi posteriormente esclarecida e complementada com diligência destinada para tanto, nos termos do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, afastando o formalismo excessivo no caso....** Precedentes do TJRS e STJ. Agravo regimental conhecido como agravo, desprovido. (TJ-RS - AGR: 70065950214 RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Data de Julgamento: 20/08/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/08/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇO. SUSPENSÃO. IRREGULARIDADES NA HABILITAÇÃO DA EMPRESA VENCEDORA. INEXISTÊNCIA. **PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.** As irregularidades apontadas pela agravante não são suficientes para macular a habilitação da empresa vencedora do certame licitatório, considerando a inexistência de dúvida quanto à empresa certificada pelo CREA/GO, cujas certidões são dotadas de fé pública. Não restou demonstrada a incapacidade da vencedora para executar a obra licitada, tendo sido apresentado Certificado de Registro Cadastral (CRC) perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) que demonstram a boa situação da empresa, cujo patrimônio líquido atende à regra prevista no item 29.6 do edital. Os elementos constantes dos autos não demonstram a existência de irregularidade na habilitação da empresa, a qual atendeu aos objetivos da Agravo de instrumento desprovido.

(TRF-3 - AI: 5604 MS 0005604-63.2013.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, Data de Julgamento: 05/12/2013, TERCEIRA TURMA)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MEIRINHO ATESTOU RECEBIMENTO DA CONTRAFÉ PELAS PESSOAS CIENTIFICADAS DA DECISÃO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. NÃO VULNERAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS. HABILITAÇÃO DA AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **1. Não viola a vinculação ao edital a adoção da proporcionalidade na análise dos documentos necessários à habilitação.** 2. Deve ser habilitada a licitante por ter comprovado, mediante certidões emitidas pelo CREA, a existência de vínculo permanente com o engenheiro que atestou o seu acervo técnico. 3. A exigência de certidão do órgão ambiental do Estado de Pernambuco é imperativo que restringe a competitividade, vez que a regularidade ambiental de sociedades sediadas em outros estados deve ser atestada pelos órgãos dos respectivos estados. 4. Admissibilidade da certidão de regularidade ambiental emitida pelo IMA -



Instituto do Meio Ambiente, órgão de fiscalização ambiental do Estado de Alagoas, unidade federativa onde está sediada a usina de asfaltamento móvel. 5.Licitante agravada habilitada. 6.Suspensividade mantida. 7.Agravo regimental não provido. 8.Decisão unânime. (TJ-PE - AGR: 206049 PE 02060495, Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Data de Julgamento: 28/01/2010, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25)

Assim, ante a ausência de prejuízo demonstrada pela recorrente no presente recurso, a supremacia do interesse público, a necessidade de interpretação razoável e proporcional do Edital e considerando ainda o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal e nos arts. 3º, *caput*, e 27 da Lei de Licitações, requer-se seja DADO PROVIMENTO ao Recurso para declarar a habilitação da recorrente no certame.

DOS PEDIDOS.

Em face do exposto, requer-se seja dado **TOTAL PROVIMENTO** ao Recurso, no sentido de declarar HABILITADA a recorrente, eis que não foi desrespeitado nenhum item do Edital.

Ainda que tenha sido desrespeitado o Edital, o que se diz por amor ao debate, tal falha consistiria em mera omissão sanável, que poderia ter sido corrigida posteriormente, sem qualquer prejuízo. No mesmo sentido, o estabelecimento de tal requisito violaria o art. 37, XXI, da Constituição Federal e os arts. 3º, *caput*, e 27 da Lei de Licitações.

Na remotíssima hipótese de não acolhimento do presente recurso, requer a recorrente que a decisão seja encaminhada à Autoridade Superior.

Nestes termos,
Pede Deferimento.
Brasília/DF, 15 de setembro de 2021.



HYTEC CONSTRUÇÕES TERRAPLENAGEM E INCORPORAÇÃO LTDA
Cristóvão Gomes Pereira
CREA 6353/D-DF - Responsável Técnico e Procurador