

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**RECURSO :**

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR (A) PREGOEIRO(A) DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 034/2021- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS - TJAM

"A injustiça feita a um homem é uma ameaça feita à humanidade".
(Montesquieu)

Pregão Eletrônico nº.: 034/2021 - TJAM
Processo Administrativo nº. 2021/000003456-00

KADOSH SERVICOS DE APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o nº. 25.044.767/0001-43, situada à Rua Ribeiro da Costa, n 5, cep 69058588, Bairro Novo Aleixo, Manaus/AM, com endereço eletrônico kadoshadm.comercial@gmail.com, representada por FRANCISCO LIMA DA CUNHA, brasileiro, empresário, inscrito no Cadastro de Pessoa Física sob o nº. 772.122.072-68, Sócio Administrador, por intermédio de seu advogado in fine assinado, legalmente constituído na forma dos seus atos constitutivos (procuração anexa – Doc. 1), vem mui respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria e digna Equipe de Apoio, tempestivamente, apresentar no anexo com fundamento no Artigo 109, I, "b", da Lei nº. 8.666/93 c/c o artigo 44 do Decreto Federal nº. 10.024/2019 e Item 17.2 do presente Edital, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO

em face da decisão proferida pela Comissão de Licitação que culminou com a INABILITAÇÃO da empresa recorrente, o qual reduzirá amplamente a competitividade, sacrificando os principais princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, requerendo na oportunidade, o recebimento e processamento do presente Recurso Administrativo na forma da Lei e do Edital de Licitação.

Requer, igualmente, que seja concedido efeito suspensivo ao procedimento licitatório, até seu julgamento, como determina o artigo 109, inciso I, alínea "a", e § 2º, da Lei nº. 8.666/1993.

I - DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ADMINISTRATIVO

O Artigo 109, I, "a" da Lei de Licitações – Lei nº 8.666/1993 prevê o prazo legal de cinco dias úteis para a interposição de recurso:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

Nesta toada, dispõe o 17.2 do Edital em comento, que, uma vez admitido o recurso, o recorrente terá, a partir de então, o prazo de três dias para apresentar as razões, por meio do sistema eletrônico, logo, notadamente ao que se refere ao prazo recursal, constata-se que tem seu início após deferimento da intenção de recurso, o que ocorreu no dia 02/09/2021, tendo seu término no dia 09/09/2021 às 23h59min.

Logo, a Recorrente pratica o ato tempestivamente.

II - DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO E/OU PETIÇÃO

Em primeiro momento, salienta-se que a Constituição Federal assegura a todos o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de seus direitos, conforme a seguir:

"Art. 5º.

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"

Sobre o direito constitucional de petição, mister destacar o entendimento do Ilustre Doutrinador José Afonso da Silva:

"É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição quer para acolhê-la, quer para desacolhê-la com a devida motivação." (Direito Constitucional Positivo, ed. 1.989, p. 382).

Também, o renomado Mestre Marçal Justen filho, "in" Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8a ed., pág. 647 assim assevera:

"A Constituição Federal assegura, de modo genérico, o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), como instrumento de defesa dos direitos pessoais, especialmente contra atos administrativos inválidos. Além disso, a Constituição assegura a publicidade dos atos administrativos (art. 37) e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV)."

Assim, requer a Requerente que as razões aqui formuladas sejam devidamente autuadas e, se não acolhidas, o que se admite apenas e tão somente "ad argumentandum", que haja uma decisão motivada sobre o pedido formulado.

III - DO EFEITO SUSPENSIVO

Requer a Recorrente, que sejam recebidas as presentes razões e encaminhadas à autoridade competente para sua apreciação e julgamento, em conformidade com o artigo 109, parágrafos 2º e 4º da Lei nº 8.666/1993, concedendo efeito suspensivo à rescisão aqui impugnada até julgamento final na via administrativa.

"Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

§2º. O recurso previsto nas alíneas a e b do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

(...)

§ 4º. O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade."

Neste contexto, ressalta-se que no presente caso, a suspensividade do presente ampara-se na supremacia do interesse público, visto que se não aceito poderá acarretar grave prejuízo ao erário destacando-se que a proposta da Recorrente foi a de menor preço, sendo, assim, a mais vantajosa à Administração Pública.

Por isso, se faz necessário que seja concedido o efeito suspensivo ao presente recurso, nos precisos termos do art. 109, § 2º, da Lei 8.666/93. O que enseja que a r. decisão está trazendo enormes prejuízo à ora Recorrente, e deverá ser concedida de imediato o efeito suspensivo ao recurso.

IV – DAS RAZÕES PARA REFORMAR A R. DECISÃO

O presente Recurso Administrativo repudia questões pontuais que desvirtuam o objetivo do certame licitatório e maculam a legitimidade do processo administrativo, e, portanto, se encontram na contramão dos interesses da Administração Pública como um todo, permeando os princípios que regem os dispositivos legais vigentes.

A Recorrente é empresa que atua na prestação serviços de mão de obra exclusiva, para vários órgãos do ente público, desta forma, a Recorrente participou de diversas licitações, tendo sido declarada vencedora em alguns certames por deter o melhor preço ofertado.

À priori, a empresa, ora Recorrente, obteve o Edital de licitação através de site oficial, analisando-se todas as suas condições de entrega, pagamento, especificações, todavia, a empresa detectou grave vício, o qual põe em risco a sua participação no certame, tanto quanto de quaisquer outros prováveis interessados.

O instrumento convocatório tem como objeto a escolha da proposta mais vantajosa, a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de gerenciamento de controle de acesso, por meio de alocação de agentes de portaria, a serem executados em unidades do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), conforme condições, quantidades e exigências definidas no Termo de Referência, anexadas a este Recurso Administrativo.

Acontece que para este instrumento convocatório são exigidas, no item 3.1, alínea "d" do Termo de Referência, condições que vão de encontro a normas constitucionais e à jurisprudência pacificada do Tribunal de Contas da União, limitando a participação no certame de empresas sérias, e, assim, resultando em desnecessário dispêndio de valores a maior à Administração Pública, possibilitando êxito apenas de empresas que atendam a minuciosas e desnecessárias especificações técnicas.

Importante ressaltar que da leitura do referido Edital, e em seu Termo de Referência verifica-se no item 3.1, a seguinte redação:

3.1. A contratação para a execução dos serviços deverá obedecer, no que couber, ao disposto na Lei nº. 8.666/93, de 21 de junho de 1993, e suas alterações, bem como nas seguintes normas:

[...]

d) Convenção Coletiva de Trabalho MTE – 2020/2021 – AM000507/2020; AM000042/2021;”

Em primeiro momento, ressalta-se que referida exigência fere diretamente o livre direito associação previsto no artigo 5º, inciso XVII e artigo 8º, ambos da Magna Carta (cláusula pétrea), visto que existe convenção coletiva diversa da apresentada, devidamente registrada no MTE, assinada por sindicato da categoria em questão.

Ademais, como dito anteriormente, o presente certame licitatório tem como objeto a escolha da proposta mais vantajosa, como assim preceitua o Artigo 3º da Lei nº. 8.666/93. Portanto, deve seguir aos princípios constitucionais que prezam pela eficiência, economia, razoabilidade, finalidade, moralidade, e principalmente, o princípio da ampla competitividade.

Verifica-se, então, que o certame em referência, embora eivado de vício, poderia e ainda pode ser sanado, utilizando-se critérios razoáveis no que tange a especificações das exigências contidas no item 3.1 do Termo de Referência, favorecendo a competitividade e o interesse público, na medida em que os preços devam recair na regra de competitividade.

Senhor(a) Pregoeiro(a), a manutenção de tal vício, além de violar cláusula pétrea da Constituição Federal, prejudicará a economicidade no certame.

Isto posto, considera-se ser muito mais benéfico à Administração proceder a retificação do item susodito.

Considerando todo o exposto, verifica-se ser necessária a alteração do Instrumento Convocatório em questão, visando possibilitar efetivamente aos demais interessados, como a KADOSH SERVICOS DE APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA., oferecer condições comerciais mais vantajosas para à Administração Pública Estadual, sem que nenhuma licitante que porventura não atenda a todas as exigências (ainda que exacerbadas), seja prematuramente excluída do certame, sem ao menos ter a oportunidade de competir.

Nobre Julgador, como dito reiteradamente, poucas empresas terão condições de fornecer os serviços com tais especificações, que não agregará em nada a qualidade na execução dos serviços, pelo o contrário, apenas restringirá a competitividade, e ainda que equivocadamente, direcionará tais aquisições a um único fornecedor, restringindo a igualdade entre os licitantes, e, conseqüentemente é frustrada a busca pela melhor proposta.

Visando evitar esta prática condenável e seguindo o raciocínio de razoabilidade, roga-se para que seja procedida a revisão da especificação: “que as propostas sejam embasadas na Convenção Coletiva de Trabalho MTE – 2020/2021 – AM000507/2020; AM000042/2021, retificando para: “que as propostas sejam embasadas em Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria, devidamente registrada no MTE”, respectivamente, e, em seguida, dar continuidade no procedimento licitatório.

Nobre Julgador, a planilha de custos da Recorrente fora elaborada conforme Convenção Coletiva de Trabalho – CCT/AM nº. 000308/2020, devidamente registrada no MTE, e sobretudo, alinhado com o entendimento do Tribunal de Contas da União, dentre eles o Acórdão nº. 369/2012 – Primeira Câmara e Acórdão nº. 1097/2019, Plenário, descritos a seguir:

“1.7. Recomendar à [...] que:

1.7.1. abstenha-se de indicar, em suas licitações, o acordo ou convenção coletiva de trabalho que deverá ser respeitado, não deixando de exigir, de todo modo, que as convenções coletivas sejam cumpridas pelos licitantes e/ou contratantes, conforme jurisprudência desta Corte de Contas e do Tribunal Superior do Trabalho; (Relator: Walton Alencar Rodrigues; Data do Julgamento: 31/01/2012)”

“A empresa deverá indicar qual o seu enquadramento sindical, sendo a elaboração de sua proposta de acordo com a convenção coletiva do sindicato relacionado à sua atividade preponderante (Arts. 570, 577 e 581, §2º da CLT, Art. 8º, II, CF e Acórdão TCU 1097/2019, Plenário.”

Sendo assim, o Impugnante, no exercício do legítimo interesse público, vem, por meio desta, oferecer a presente impugnação ao passo que no presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a disputa, e vão de encontro a normas gerais de licitação proferidas pelo Tribunal de Contas da União, as quais tem caráter obrigacional.

Com efeito, o exame acurado do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa, limitando o leque da licitação a apenas um único licitante, em um verdadeiro DIRECIONAMENTO no objeto licitado, através da falta de isonomia, contrariando todo dispositivo legal e em total dissonância com os princípios basilares da administração pública.

De acordo com o artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, “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.”

É a síntese do necessário.

V – DOS PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU

Em primeiro lugar, ressalta-se o caráter obrigacional das decisões sobre normas gerais de licitação proferidas pelo Tribunal de Contas da União. Vejamos:

SÚMULA TCU 222: As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A referida Súmula tem ainda por fundamento legal a Lei Orgânica do TCU (LOTUCU), que fixa a jurisdição própria e privativa do TCU sobre pessoas e matérias sujeitas à sua competência. A decisão considerou ainda o que fixa a Lei de Licitações e Contratos (LLC) acerca da subordinação ao regime nela instituído, sendo que o injustificado descumprimento de ato de caráter normativo pode caracterizar negligência, imprudência ou imperícia, possibilitando a responsabilização.

Nobre Julgador, como dito no tópico anterior, a planilha de custos da Recorrente fora elaborada conforme Convenção Coletiva de Trabalho – CCT/AM nº. 000308/2020, devidamente registrada no MTE, e sobretudo, alinhado com o entendimento do Tribunal de Contas da União, dentre eles o Acórdão nº. 369/2012 – Primeira Câmara e Acórdão nº. 1097/2019, Plenário, descritos a seguir:

“1.7. Recomendar à [...] que:

1.7.1. abstenha-se de indicar, em suas licitações, o acordo ou convenção coletiva de trabalho que deverá ser respeitado, não deixando de exigir, de todo modo, que as convenções coletivas sejam cumpridas pelos licitantes e/ou contratantes, conforme jurisprudência desta Corte de Contas e do Tribunal Superior do Trabalho; (Relator: Walton Alencar Rodrigues; Data do Julgamento: 31/01/2012)”

“A empresa deverá indicar qual o seu enquadramento sindical, sendo a elaboração de sua proposta de acordo com a convenção coletiva do sindicato relacionado à sua atividade preponderante (Arts. 570, 577 e 581, §2º da CLT, Art. 8º, II, CF e Acórdão TCU 1097/2019, Plenário.”

Prevê ainda, o Acórdão nº. 859/2016 – Plenário: “A empresa pode indicar a CCT do sindicato da categoria profissional, desde que tenha participado de seu dissídio, ou a CCT da categoria econômica da empresa.”

O Tribunal de Contas da União em mais um acórdão, sufraga mais uma vez o seu entendimento, in verbis:

Acórdão nº. 1417/2008 – Plenário: “Para modelos de execução indireta de serviços, inclusive os que tiverem por base a alocação de postos de trabalho, se a categoria profissional requerida encontra-se amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda categoria, determinando o respectivo valor salarial mínimo, haja vista que esse pacto laboral deve ser rigorosamente observado nas licitações efetivadas pela Administração Pública e nas contratações delas decorrentes”.

Conforme o Processo TC-021.221/2016-2 que tramita no Tribunal de Contas da União, “é irregular a vinculação de reajustes salariais a Convenção Coletiva de Trabalho específica, sob pena de se incorrer em restrição indevida de licitação, tendo em vista a possibilidade de existir mais de uma CCT aplicável à categoria, em consonância com os Acórdãos 959/2013-Plenário, 4.589/2015-2ª Câmara e 2.637/2015-Plenário”.

Neste sentido, continua Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, continua o seu voto, in verbis: “Primeiro, porque, como visto dos trechos destacados, a embargante, em verdade, pretende não a integração do decisum embargado mas, pela via dos declaratórios, imprestáveis para tal fim, a modificação do entendimento consubstanciado pelo Tribunal acerca da irregularidade de se vincularem reajustes salariais a uma determinada CCT quando existe a possibilidade de outras, além dela, serem aplicáveis à categoria de trabalhador, o que pode configurar restrição indevida no curso do procedimento licitatório”. E continua: “Frise-se, portanto, que a irregularidade apontada na instrução anterior não está relacionada ao estabelecimento de piso salarial com base em convenção coletiva aplicável ao objeto, conduta considerada regular por este Tribunal, mas sim à fixação do salário e à vinculação de reajustes aos estabelecidos em convenção coletiva específica”.

Com olhar cirúrgico, o Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, destoa o seu voto com a assertividade invejável, conforme descrito a seguir:

“Mais uma vez, recorremos à manifestação da Selog no âmbito do TC-005.915/2015-5, para elucidar a questão:

27. No entanto, em consonância com o alegado pela representante, entende-se que o edital não poderia ter atrelado os valores mínimos dos salários aos definidos na CCT celebrada entre o Seac/DF e o Sitrater/DF, uma vez que compete às próprias empresas licitantes apontarem pela convenção coletiva utilizada, pois, de acordo com o disposto no artigo 8º da Constituição Federal, a associação profissional ou sindical é livre, cabendo ao órgão tão somente avaliar a adequação da CCT indicada aos propósitos do objeto licitado.

28. O órgão pode (e deve) utilizar como parâmetro de preços os salários adotados em determinada convenção coletiva. Todavia, esses valores devem ser utilizados apenas como referencial de preços, não podendo ser adotados como critério de desclassificação da licitante, sob pena de incorrer em restrição indevida da licitação, haja vista a possibilidade de existir mais de uma CCT aplicável à categoria, conforme identificado no subitem 10.22 da instrução transcrita no relatório integrante do Acórdão 959/2013-Plenário, que tratou de licitação com objeto idêntico ao do certame em análise:

10.22. O problema deste caso concreto é que durante o pregão ficou evidente a possibilidade de existência de mais de uma CCT aplicável aos motoristas e, como visto no quadro 10.11 desta instrução, já houve episódio de utilização de uma terceira convenção, a do Sindserviços/Seac (pregão 062/2008)."

Finaliza o seu voto, com o entendimento sufragado do Tribunal de Contas da União: "Assim, em observância ao previsto no inciso IX do artigo 19 da Instrução Normativa SLTI-MP 2/2008, deve constar do instrumento convocatório somente a exigência da indicação, quando da apresentação da proposta, dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço, quando for o caso. Tal exigência se faz necessária para que o órgão verifique se a licitante adotou em sua proposta de preços os valores mínimos estipulados na CCT à qual ela está obrigada."

Com esse entendimento, fica mitigada a aplicação do art. 40, inciso X, da Lei nº. 8.666/1993, levando em consideração princípios como a isonomia, a dignidade do trabalho e a eficiência da Administração Pública.

Vale destacar que, em recente julgado (Acórdão 3.982/2015-1ª Câmara – Relator Bruno Dantas), ao examinar representação acerca de possíveis irregularidades ocorridas em pregão eletrônico conduzido pela Prefeitura da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, o Tribunal deu ciência ao órgão da seguinte impropriedade:

"9.4.2. ausência, nos estudos técnicos preliminares de contratação de mão de obra terceirizada, da indicação de forma clara e precisa do sindicato, acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa que rege a categoria profissional que executará o serviço, com base na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, em afronta ao art. 6º, inciso IX, alínea "a", da Lei 8.666/1993.

42. O Acórdão 3.982/2015-1ª Câmara foi mencionado pela Câmara dos Deputados (peça 14, p. 24), que interpretou, a partir da decisão, que todos os cálculos da contratação deveriam considerar algum enquadramento sindical prévio.

44. O edital do pregão da UFPB foi omissivo quanto ao acordo coletivo a ser utilizado como parâmetro pelas licitantes na apresentação de suas propostas. A ausência desse parâmetro está em desacordo com o art. 6º, inciso IX, alínea "a", da Lei 8.666/1993 e afronta os princípios da isonomia e da economia.

45. Destaque-se, mais uma vez, que a Administração pode (e deve) estabelecer nos instrumentos convocatórios o piso salarial a ser utilizado pelas licitantes em suas propostas, conforme jurisprudência do TCU (Acórdãos 614/2008-Plenário, 6.500/2009 - 1ª Câmara e 3.006/2010-Plenário). Por esse motivo, o TCU, ao constatar a ausência da indicação do sindicato ou acordo coletivo no edital, confirmou a afronta à legislação vigente, dando ciência ao órgão da impropriedade.

47. A impropriedade constatada no edital em exame, portanto, não está relacionada à fixação de pisos salariais obtidos da CCT firmada entre o Sindimest-DF e o Sinttel como parâmetro para a apresentação de propostas, mas sim à obrigatoriedade de que, nas repactuações ao contrato a ser firmado, sejam utilizados os percentuais de reajuste e condições fixados nessa convenção coletiva, ainda que a empresa contratada seja filiada a outro sindicato, o que afronta o princípio da liberdade sindical e poderá restringir a competitividade do certame. Diante dessas considerações, considera-se irregular a previsão editalícia de tal exigência, razão pela qual se propõe que o órgão seja cientificado.

48. A fixação de parâmetro salarial mínimo no edital de acordo com determinada convenção coletiva de trabalho permite que seja preservada a isonomia na licitação e resguardadas condições minimamente adequadas para os trabalhadores. Nada impede, contudo, que a licitante apresente remunerações mais benéficas aos trabalhadores com base em convenção à qual se encontra vinculada, desde que, em sua proposta, seja informada a referida convenção para fins, inclusive, de repactuações futuras"

Ademais, em consonância com o Processo TC-020.739/2015-0, que tramita também no Tribunal de Contas da União, tem-se o seguinte entendimento acerca do objeto em questão:

2.2.21. Diante desse quadro, com base na jurisprudência predominante do TST, a empresa Fast Automotive não está obrigada a observar a convenção coletiva própria do sindicato dos motociclistas, ainda que essa se constitua em atividade diferenciada, conforme art. 511, § 3º, da CLT. Dessa forma, entende-se que as licitantes tanto podem observar o piso salarial da CCT do Sindimoto/DF, desde que tenha participado do dissídio do referido Sindicato, como podem indicar a CCT do SINDILOC-DF, com base na categoria econômica predominante.

Tal entendimento está consubstanciado no Relatório que embasou a decisão exarada no TC 005.915/2015-5 (Acórdão 4.589/2015-TCU-2ª Câmara, em 28/7/2015, Excerto da Relação 21/2015-TCU-2ª Câmara, Ata 25/2015), o qual se refere à representação impetrada igualmente pela empresa Fast Automotive e Turismo Ltda. contra sua desclassificação em outro certame, por ter utilizado, na proposta de preços apresentada, os salários previstos na Convenção Coletiva de Trabalho do SINDILOC/DF:

29. Assim, em observância ao previsto no inciso IX do artigo 19 da IN SLTI-MP 2/2008, deve constar do instrumento convocatório somente a exigência da indicação, quando da apresentação da proposta, dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço, quando for o caso. Tal exigência se faz necessária para que o órgão verifique se a licitante adotou em sua proposta de preços os valores mínimos estipulados na CCT à qual ela está obrigada. Nesse caso, se a licitante apresentar salário inferior ao piso salarial estabelecido no instrumento coletivo a que esteja obrigada, o órgão poderá, na hipótese de negativa de ajuste, desclassificar a proposta.

2.2.24. Na ocasião, o TCU deu ciência a respeito da indevida fixação de valores de salários baseados em determinada CCT como critério de desclassificação das propostas de preços a serem apresentadas pelas licitantes sem observância daqueles estabelecidos nos acordos ou convenções aos quais estejam obrigadas, nos termos do inciso IX do art. 19 da IN - SLTI/MP 2/2008, em desacordo com o disposto no art. 8º da Constituição Federal.

2.2.25. Conforme ressaltado pela própria pregoeira no documento de peça 19, p. 4, o edital apenas exigiu que fossem cumpridos pisos salariais de convenções coletivas representativas das categorias objeto da contratação. No caso, a representante apresentou piso salarial de instrumento coletivo ao qual está obrigada, nos termos da jurisprudência trabalhista dominante, o qual se situa acima do piso estabelecido pela CCT do Sindmoto/DF. Portanto, o piso salarial discriminado na proposta da representante não destoava da previsão do item 5.3, combinada com o item 5.3.2, do TR. Assim, a pregoeira optou por uma interpretação da referida previsão editalícia que não foi a mais adequada.

2.2.29. A resposta à oitiva destaca ainda que a IN - SLTI/MP 2/2008, em seu art. 21, inciso III, utiliza o "plural", tanto para falar dos sindicatos e acordos, quanto para versar sobre as categorias, "o que afasta a temeridade de se fixar uma única CCT - a preponderante da empresa - para as múltiplas categorias que prestarão os serviços terceirizados". Com base no exposto nesta análise, conclui-se que, de fato, em um único contrato pode haver distintas convenções, considerando a situação do sindicato profissional de cada categoria em face do sindicato ao qual a contratante se obriga. Esse é o entendimento da Justiça trabalhista, cuja forma de enquadramento irá reger as repactuações futuras dos contratos.

Outrossim, em consonância com o Processo TC 017.172/2018-7, o Relator Bruno Dantas, explanou o seu seguinte entendimento:

"15. Já o contrato 206/2016, da Câmara dos Deputados, utilizado pelo Senado Federal como fonte de pesquisa de preços, decorre do pregão eletrônico 125/2016, que visou à contratação de serviços continuados nas áreas de copa, cozinha, limpeza e conservação (peça 24, p. 4). Para levantamento dos custos e formação dos preços estimados no edital, foi considerada a última convenção coletiva firmada para as respectivas categorias, sendo possível, ao licitante, que adotasse instrumento coletivo distinto, desde que indicado em sua proposta (peça 24, p. 22)."

Portanto, diante de todo o exposto, conclui-se que não há nenhuma previsão legal acerca da exigência de adoção de Convenção Coletiva de Trabalho específica, pelo o contrário, o entendimento do Tribunal de Contas da União é no sentido de garantir a proposta mais vantajosa à Administração, conforme bem explicitado acima.

VI – DA FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA A HABILITAÇÃO DA IMPETRANTE

Pelo princípio do vínculo ao instrumento convocatório, a Comissão Julgadora não pode criar novos critérios de julgamento sem observância ao disposto no edital.

Todavia, no presente caso, a medida vai de encontro com normas nacionais e Acórdãos do TCU, estimulando, mesmo sem intenção, a formação de cartéis no Estado do Amazonas. Além disso, restringe a competitividade do certame, pois quanto mais exigências desnecessárias, menor o número de empresas aptas a cumpri-las e mais difícil é achar a proposta mais atraente ao Erário.

Logo, forçoso concluir que a exigência contida no edital se afigura ilícita e vai de total encontro com o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União.

Ademais, a licitação é do tipo menor preço global, assim, todas as empresas de qualquer parte do País e de todos os portes, e em posse de Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria devidamente registrada no MTE poderiam concorrer, desde que atendessem às condições legais, assim ampliariam o universo de participantes e não de reclamantes.

Dora Maria de Oliveira Ramos, outrossim, destaca que:

"Não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência, por violação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93" (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Coord. Maria Sylvania Zanella do Pietro, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p.149).

Observe-se, no mais, que a Administração tem o dever de justificar as exigências contidas no edital sempre que questionada sobre sua pertinência e legalidade.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

"É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes".

No mesmo sentido é o exaustivo entendimento do Tribunal de Contas da União, descrito a seguir:

"REPRESENTAÇÃO. FALHAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DETERMINAÇÃO. Considera-se procedente representação para determinar ao órgão que justifique a inclusão de cláusulas editalícias, demonstrando que a exigência é necessária à correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame; Quando do julgamento de recursos, promova diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo; e abstenha-se de exigir um número mínimo de atestados de capacidade técnica, bastando que a empresa licitante comprove que já realizou o tipo de serviço desejado em pelo menos uma ocasião" (Acórdão n.º 571/2006, 2ª Câmara, Rel. Min. MARCOS BEMQUERER, DOU de 17.03.2006)"

Ou seja, se não houver motivos suficientes para a sua fixação, a exigência terá de ser afastada, sob pena de ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição e ao art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93.

Nossos Tribunais, em perfeita consonância com o estabelecido no Art. 3º, § 1º, I da Lei nº. 8.666/93, vêm decidindo no sentido de ser expressamente proibido que o Edital estabeleça disposições que frustrem ou restrinjam seu caráter competitivo, mas desde que se ofereçam as respectivas garantias indispensáveis à execução dos serviços, in verbis:

"MELLO. Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Págs. 477/478. "ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COM PROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações."

Ou seja, tal documento a ser exigido para comprovar os valores apresentados pelas licitantes, deveriam ser as planilhas de custos que estivessem embasadas em Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria, devidamente registrada no MTE, requisito cumprido pela Recorrente, atendendo os objetivos traçados pela Administração Pública, vez que, licitação para serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, devem ser exigidos que o particular cumpra na integralidade com os deveres previstos nas legislações vigentes, bem como nas Convenções Coletivas de Trabalho da Categoria.

Portanto, a inabilitação da empresa Recorrente trata-se de equívoco, devendo culminar com sua IMEDIATA HABILITAÇÃO, por ser a medida mais razoável a se fazer.

VII - DA NÃO OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Ademais, d. julgador, há que ser aplicado nas decisões administrativas o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, evitando-se preciosismos que ferem a isonomia e o interesse do Erário Público.

Repita-se, a lei 9.784, que regula o processo administrativo, trata em seu art.2º, inciso VI.

"Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

"Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

"VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;"

A lei em questão consagra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, inclusive e principalmente nos processos administrativos, determinando a adequação entre meios e fins, proibindo a aplicação de restrições e sanções superiores as estritamente necessárias.

É a citação de Franck Moderne, transcrita pelo mestre Marçal Justen Filho:

Como o princípio da especificação e o princípio da retroatividade, o princípio da proporcionalidade originalmente se impôs no Direito Penal. De lá, foi passado para o Direito Administrativo Repressivo, onde ele é entranhado das mesmas preocupações e produz os mesmos efeitos: adaptar a sanção à gravidade da infração, evitar punições excessivas em relação aos fatos que as motivam (o que implica a motivação das decisões). Grifo nosso.

A jurisprudência é pacífica e clara quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos, in verbis:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. PROCON/DF. TEMPO DE PERMANÊNCIA DO CONSUMIDOR EM FILA DE OPERADORA DE TELEFONIA MULTA. BIS IN IDEM. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. I. O poder de polícia dos órgãos de fiscalização da Administração Pública deve ser exercido com racionalidade e à luz do princípio da proporcionalidade. II. Não pode subsistir a aplicação de mais de uma penalidade para condutas que, dentro do contexto fático em que foram praticadas, encerram uma única infração legal. III. Remessa obrigatória desprovida. (RMO 20120111695159, 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Relator James Eduardo Oliveira, Julgado em 04/02/2015 e Publicado em 13/02/2015) – Grifos nosso.

Ademais, o artigo 2º da Lei 9.784/99 dispõe sobre os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Complementa ainda no seu parágrafo único, respectivamente nos seus incisos, com nossos grifos:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

A referida questão deixa de observar os incisos VI, VII e XIII, do artigo 2º da Lei 9784/99, uma vez que não há proporcionalidade no referido ato, pois não visa adequar os meios e fins para atingir o interesse público, que é o menor dispêndio financeiro, bem como, não utiliza-se da norma para garantir um melhor interesse da coletividade, utiliza-se apenas de maneira arbitrária e desproporcional, causando prejuízo inestimável e irreparável à Recorrente.

Destacamos também que a INABILITAÇÃO não atende ao princípio da razoabilidade, sendo de extrema, aplicável em casos de ultima ratio, ou seja, em último caso, o que não é possível identificar no caso em tela, devendo a Administração respeitar o Art. 30, §3º da Lei de Licitações.

VIII - DA REVISÃO DA DECISÃO QUE CULMINOU COM INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE

Dos fundamentos jurídicos da revisão do processo sancionatório a revisão do processo administrativo sancionatório, como ensina José dos Santos Carvalho Filho, é uma espécie de recurso, que deve ser processado, repise-se, por meio de um novo processo administrativo.

Estribado no princípio da revisibilidade das decisões administrativas, a instauração de um processo revisivo poderá ser deflagrado por meio de um requerimento calçado no direito de petição, o qual é garantido constitucionalmente pelo art. 5º, inc. XXXIV, inc. "a" da Constituição Federal de 1988.

Além da provocação do interessado, permite-se que a Administração sancionadora de ofício, instaure competente processo administrativo objetivando a revisão da penalidade aplicada, expediente que denota obediência do princípio da autotutela administrativa, consubstanciado na Súmula nº. 473 do Supremo Tribunal Federal.

"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."

Nessa toada, o entendimento do Eg. Tribunal de Contas da União, conforme consta do seu Manual de Licitações, no qual expressamente reconheceu a possibilidade da revisão do processo sancionatório no âmbito das licitações públicas e contratos administrativos, asseverando que processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Saliente-se que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça garantiu a aplicação deste expediente no âmbito das contratações governamentais, determinando ao Ministério dos Esportes que apreciasse um pedido de revisão de uma sanção a qual foi aplicada no âmbito de um pregão eletrônico. Observe-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REVISÃO. ADEQUAÇÃO DA SANÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA RELEVANTE. CABIMENTO.

1. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. (artigo 65 da Lei nº 9.784/99).

2. Cabível o pedido de revisão, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, tampouco em intempestividade, exurgindo o direito líquido e certo do impetrante de ver apreciado seu requerimento como apresentado - pedido de revisão - e integralmente.

3. Ordem concedida (BRASIL, 2010).

IX - DA INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

A não HABILITAÇÃO da Recorrente, por supostamente não ter cumprido a íntegra as cláusulas previstas no edital, viola o princípio da igualdade porque proporciona evidente vantagem a poucos e determinados licitantes e obrigação desproporcional e dispensável a outros.

A falta de competitividade no procedimento licitatório macula a finalidade da licitação, que é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos

onerosas para a Administração Pública (relação de custo-benefício).

A supramencionada limitação é ilegal, arbitrária e nula de pleno direito, pois contraria o princípio da legalidade, haja vista que a referida limitação não possui qualquer respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, tal violação exorbita a castração do direito dos licitantes de competirem em igualdade de condições em busca do contrato. A exclusão do certame de todos estes potenciais vencedores, que poderiam perfeitamente executar as atividades enumeradas no objeto da licitação, com qualidade e eficiência, em nada se identifica com os interesses da Administração.

Ciente dos perigos da violação do princípio da igualdade também para o interesse público, houve por bem o legislador pátrio positivar o dever para o agente público de não proporcionar, nos atos convocatórios, preferências e distinções a uns ou a outros licitantes.

Como dito outrora, nossos Tribunais, em perfeita consonância com o estabelecido no Art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93, vêm decidindo no sentido de ser expressamente proibido que o Edital estabeleça disposições que frustrem ou restrinjam seu caráter competitivo, mas desde que se ofereçam as respectivas garantias indispensáveis à execução dos serviços, in verbis:

"MELLO. Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Págs. 477/478. "ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COM PROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações."

Como já dito em outrora, o artigo 3º, §1º da Lei nº. 8666/93 positiva o princípio da competitividade. Este princípio implementa o princípio da igualdade ao vedar ao administrador público estabelecer regras ou condições no ato convocatório do certame que, por serem dispensáveis ou desproporcionais acabem por excluir potenciais competidores, comprometendo, restringindo ou frustrando o seu caráter competitivo.

Firme neste norte, a Administração deve envidar esforços no sentido de não limitar a participação de competidores nos procedimentos licitatórios, observando neste os princípios que o regem, notadamente o da legalidade insculpido no Inciso II do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Desta forma, importa nos procedimentos licitatórios, além do princípio da isonomia e legalidade, a Administração permanecer adstrita aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para adoção dos critérios que serão estabelecidos no Edital, necessários à obtenção da proposta mais vantajosa à coletividade.

É a competição que proporciona a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração.

Tamanha é a preocupação do legislador em garantir a competitividade dos procedimentos licitatórios que tipificou como crime a referida conduta no artigo 90 da lei 8666/93 quando, evidentemente, praticada com dolo especial.

Art. 90 Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (grifo nosso).

Em todos os casos, por ser imposição legal, ao tomar conhecimento de cláusula editalícia impertinente ou irrelevante capaz de comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, o administrador público, no exercício do seu poder-dever de autotutela, deverá retificar o ato convocatório a fim de excluir as cláusulas eivadas de vício de legalidade, sob pena de manutenção de sua nulidade.

Cumprido ressaltar que os licitantes excluídos do certame são, em quase sua totalidade, Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo também dever do administrador oportunizar sua disputa, em igualdade de condições, pela execução dos contratos administrativos.

Logo, tais exigências não apenas excluirão de forma injusta e desproporcional todos os demais licitantes (em quase sua totalidade Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte), como proporcionará evidente direcionamento do contrato para que seja possível apenas um vencedor, o que, evidentemente, não pode ser admissível.

Se já é notável a preocupação do legislador pátrio com a ampliação do número de competidores no âmbito do processo licitatório, mais notável é sua preocupação em inserir e tornar as Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte competitivas no mercado.

É injusto e ilegal retirá-las do certame com a inserção de uma exigência TOTALMENTE dispensável!

X - DAS EXIGÊNCIAS ABUSIVAS - ITEM 3.1 DO TERMO DE REFERÊNCIA - CCT's ESPECÍFICAS

Ocorre que tal qualificação desborda do mínimo necessário para cumprimento do objeto licitado, conduzindo à restrição ilegal da licitação.

A Lei de Licitações, em seu artigo 3º, ao dispor sobre o edital e objeto licitado, previu expressamente que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (grifo nosso)

Portanto, qualquer exigência que não disponha de motivação técnica/jurídica suficiente para justificar a restrição descrita no Item 3.1 do Termo de Referência, torna-se ilegal e abusiva.

Ou seja, tem-se evidenciada uma restrição infundada, cujo direcionamento do certame será inevitável, o que é amplamente vedados pelo próprio TCU, através do Acórdão nº. 432/2019.

Ocorre que o Edital viola expressamente os preceitos contidos na Lei de Licitações e demais que se aplicam ao procedimento licitatório.

O que se observa no caso em análise é a impropriedade contida no Edital com a redação vigente da Lei que o rege, sendo imperioso que se corrijam as ilegalidades denunciadas, para evitar que o processo licitatório se perca em nulidade absoluta, ainda hoje sanável por ato administrativo.

Os excessos denunciados, inquestionavelmente estão a exigir imediata reparação, a fim de que fique preservado o procedimento em curso. É corrente e de remansosa aceitação a tese de que a fase preliminar, de habilitação, há de ser de absoluta singeleza, de tal forma a não criar entraves ou dificuldades inúteis aos licitantes. Impõe-se, por consequência, arrear-se do Edital as exigências aqui impugnadas, dado o seu caráter abusivo e de inquestionável confronto com a Lei vigente.

A Administração Pública pode estabelecer critérios quanto a qualificação econômico-financeira, jurídica e técnica do interessado. Todavia, tais critérios não podem estabelecer exigências não contempladas na legislação, visto que tais exigências violam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade da seleção.

Segue arresto jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - PRELIMINAR DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA AFASTADA - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (MERENDA) - INABILITAÇÃO - FALTA DE COMPROVAÇÃO DE REGISTRO PERANTE CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO DO LOCAL DA LICITAÇÃO - DESNECESSIDADE - CLÁUSULA EDITALÍCIA OFENSIVA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE. 1. Não se opera a preclusão consumativa se o recorrente desiste do primeiro recurso, interposto na pendência do julgamento de embargos de declaração, e apresenta novo apelo depois de ultimado o julgamento dos aclaratórios. 2. Conforme o disposto no § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato". 3. A exigência da confirmação de registro no Conselho Regional de Nutrição do local da licitação, além daquele já expedido pelo CRN da sede do licitante, restringe o caráter competitivo do certame e estabelece preferências ou distinções em razão da sede ou domicílio dos interessados. Ademais, eventual exigência dessa natureza seria devida por ocasião da contratação, e não da qualificação técnica do licitante. 4. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1155781 ES 2009/0149864-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 01/06/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2010)

Destarte, tais exigências desbordam do mínimo razoável admitido à legislação, doutrina e ampla jurisprudência acerca da matéria, devendo ser excluída ou retificada.

No presente caso, a Administração estabeleceu excessivas obrigações a vários licitantes, no caso em tela, a aderir a CCT específicas, sem que isso proporcione qualquer vantagem à Administração Pública, pelo contrário, o que a torna desproporcional e desnecessariamente.

Neste sentido, em consonância ao princípio da Soberania Constitucional, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos nº. 8.666/93 veda de forma clara e veemente a utilização de quaisquer manobras, atos, cláusulas e/ou condições, julgamentos e decisões que discriminem ou afastem o caráter competitivo do certame, bem como estabeleçam preferências, distinções ou situações impertinentes ou irrelevantes para especificar o objeto do contrato.

O inciso I do art. 40, da Lei estabelece que o objeto deve ser descrito no edital de licitação de forma sucinta e clara e o inciso I, do art. 3º, assim determina:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (grifo nosso)

Não obstante, a Lei Geral de Licitações, em seu art. 7º, §5º e §6º, se posiciona expressamente contrário ao direcionamento e a concomitante restrição da competitividade ao procedimento licitatório, conforme transcrevemos abaixo:

Art. 7º...

§5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

§6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa. (grifo nosso)

A doutrina de Hely Lopes Meirelles, acerca da de tão relevante tema, assim nos ensina:

"A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais.

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio do poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público." (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed Ed. Malheiros Editores. São Paulo:2002. pg. 262.)

Outrossim, a Doutrina do Ilustre Marçal Justen Filho, acerca de tão relevante tema assim nos ensina:

"Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes."

"Um dos caracteres mais marcantes da Lei nº 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação." (grifo nosso).

Conforme esclarece o autor Marçal Justen Filho, a Lei nº 8.666/93 buscou "evitar que as exigências formais e desnecessárias, constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas."

Exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas sob o argumento de que a Administração necessita de segurança maior do que a efetivamente necessária à execução do objeto a ser contratado, sob pena de ofensa ao texto constitucional, que autoriza apenas o mínimo de exigências, sempre alicerçadas em critérios razoáveis.

Conforme citado acima, o amplo espectro da ação do controle pelos Tribunais de Conta, extrapola o até então inquestionável mérito do ato administrativo, para verificar não só a sua conformidade com o interesse público, mas também quanto a ser a prática a melhor forma de satisfazê-lo ou não.

Nesse mesmo diapasão, encontramos mais uma vez a manifestação de Marçal Justen Filho:

"(...) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer." (in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Dialética, 7ª edição, p.337).

A competitividade é um princípio fundamental da licitação e tem a devida proteção pela legislação, tipificando a ação injusta e culminando pena aos agentes que ensejarem frustrar este princípio.

XI – DO DIRECIONAMENTO INDIRETO DO CERTAME LICITATÓRIO

Compulsando-se os arquivos eletrônicos do Portal de Transparência do Estado do Amazonas, extrai-se que o vencedor dos últimos certames corresponde a empresa que sempre vem logrando êxitos nos certames licitatórios.

O item 3.1 do Termo de Referência, exige que os licitantes venham aderir a CCTs específicas, conforme exaustivamente demonstrado, a exigência é desnecessária, dispensável e desproporcional, causando a exclusão prematura e injusta de inúmeros licitantes do certame, e principalmente, deixa de encontrar a proposta mais vantajosa a Administração Pública.

Sob esse enfoque, oportuno destacar que o direcionamento em certames licitatórios, mesmo que não intencional, é assunto diuturnamente tratado pelo Tribunal de Contas da União, que em sua função maior de fiscalizador da atividade administrativa, já decidiu reiteradas vezes a respeito do assunto. Nesse sentido, vale trazer à baila um de seus julgados sobre a matéria, in verbis:

"(...) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 (oito milhões, seiscentos e setenta mil reais)." (Decisão 819/2000 – Plenário) "Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva, permitindo que houvesse o direcionamento, os sobrepreços e o favorecimento questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15% (RI-TCU, art. 220, inc. III)."(ACÓRDÃO Nº 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00-P)""

Quanto à ação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no caso de possível direcionamento, colacionamos decisão nº 153/98, in verbis:

"O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 3. Considerando os indícios descritos de direcionamento da aludida licitação; e que tal procedimento licitatório não se conformaria à atual política de contenção de gastos impostos à Administração Pública, solicita que este Tribunal se digne a: a) liminarmente, determinar ao Ministério da Justiça a suspensão do mencionado procedimento licitatório, uma vez que a matéria indica a abertura de propostas para o dia 11 do mês corrente; b) determinar, com fulcro no art. 41, inciso II, também da Lei nº 8.443/92, a realização de inspeção no Ministério da Justiça, com vistas ao cumprimento dos misteres supra assinalados e, se for o caso, identificar os responsáveis pelos atos eventualmente irregulares. 5. Em resposta à diligência desta Secretaria, por meio do ofício nº 68/SE/MJ, de 03/02/98 (fls. 12), o MJ prestou as seguintes informações: a) os atos referentes ao processo licitatório da Tomada de Preços nº 12/97 foram suspensos por intermédio da Portaria do Gabinete do Ministro/MJ nº 1.215, de 02/12/97 (fls.14); b) a mesma Portaria desconstituiu a Comissão Permanente de Licitação, dispensando os seus membros; c) Comissão de Avaliação, constituída mediante Portaria do Gabinete do Ministro/MJ, de 18/12/97, (fls. 16) para analisar a matéria, concluiu pela existência de irregularidades na licitação que comprometeriam todo o procedimento até então praticado, ante a inobservância do disposto no art. 3º, inciso I, da Lei 8.666/93 (fls.22)""

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 ordena que, os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, "sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal".

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Resta evidente que o Edital e o Termo de Referência merecem imediata revisão a fim de se evitar a restrição ao caráter competitivo no caso em tela, com a alteração das exigências que restringem injustificadamente a competitividade do certame, através de uma clara e evidente falta de isonomia.

Desse modo, face à remansosa jurisprudência aplicada e vasta doutrina administrativista que apoia a ampla competitividade, outra solução não há senão o acolhimento das razões acima elencadas, para que o edital em espécie seja reformulado.

XII – DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Em escólio a esse entendimento, é forçoso atentar para o fato de que a Administração deve buscar continuamente prestigiar o princípio constitucional da eficiência, disposto no caput do Art. 37 da Carta Magna.

O princípio da eficiência impõe que o agente público atue de forma a produzir resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar. O Mestre Hely Lopes Meirelles define este princípio como:

"O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É 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"

Conforme os ensinamentos de Carvalho Filho:

"A probidade tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores. Na verdade, o exercício honrado, honesto, probo da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes."

Ainda, segundo Carvalho Filho:

"Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e, sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível."

Conclui-se, desta forma, que manter a exigência contida no Item 3.1 do Termo de Referência, indubitavelmente trará prejuízos concretos à observação dos princípios constitucionais e demais leis que regem as contratações realizadas pela Administração Pública, devendo ser revisto o item 3.1, tendo em vista que a exigência contida no referido item, viola a Legislação Federal, contrariando os princípios que norteiam a Lei de Licitações.

XIII - DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer que seja recebido e considerado tempestivo o presente, DANDO-SE LHE EFEITO SUSPENSIVO, para ao final:

- a) O conhecimento e o recebimento desta pela recursal pelo o cumprimento de seus requisitos de admissibilidade;
- b) No mérito a procedência total deste recurso para então, reformar a decisão que culminou com a INABILITAÇÃO da Recorrente, para no fim, reformar para sua IMEDIATA HABILITAÇÃO no presente certame, uma vez que a Empresa Recorrente, cumpriu com todas as exigências editalícias;
- c) Seja procedida a revisão da especificação: "que as propostas sejam embasadas na Convenção Coletiva de Trabalho MTE – 2020/2021 – AM000507/2020; AM000042/2021, retificando para: "que as propostas sejam embasadas em Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria, devidamente registrada no MTE", respectivamente, e, em seguida, dar continuidade no procedimento licitatório.
- d) Mantida a decisão, o que não acreditamos que ocorra, requeremos desde logo, que seja o presente recurso submetido à apreciação da Autoridade Superior competente, para que delibere sobre seus termos, conforme legislação em vigor;
- e) Assim, por ser justo e totalmente razoável, espera-se por um parecer favorável quanto a pretensão requerida, sob pena de impetrarmos Mandado de Segurança, pleiteando a anulação dos atos após a abertura das propostas, buscando o Poder Judiciário para que repare a injustiça que está se perpetuando.

Nestes Termos,
Pede e espera deferimento.

Manaus, 08 de setembro de 2.021.

FRANCISCO LIMA DA CUNHA
Sócio-Administrador
CPF: 772.122.072-68

THAÍS COHEN CHALUB
OAB/AM nº. 14.501
Advogada

MARCOS OSAMO BASTO TAKEDA
OAB/AM nº. 3.739
Advogado

OCIMAR ROMMEL SOUZA CARDOSO
OAB/AM nº. 12.323
Advogado

Voltar