



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
Protocolo nº 294119
Data 30/05/19 Hrs: 10:43

Servidor

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MARABÁ-PA

Processo Licitatório nº 7.025/2019 – PMM
Pregão Presencial (SRP) Nº 047/2019 – CPL/PMM

OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS PARA CONTRATAÇÃO DE FARMÁCIA, DROGARIA OU EMPRESA ESPECIALIZADA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE MARABÁ COM AS DEMANDAS JUDICIAIS, DEMANDAS ESPONTÂNEAS EXCEPCIONAIS, ESPECIALIZADAS E OUTRAS.

RILKSON COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI, empresa licitante já qualificada nos autos do processo licitatório em epígrafe, não se conformando com a decisão dessa Comissão que declarou vencedora no âmbito do presente certame a empresa **PASSAMANI TOSO COMERCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI**, vem, por meio de seu proprietário-administrador, tempestivamente, com fulcro no art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002 c/c art. 30, II da Lei nº 8.666/93, além do entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritários acerca da matéria, interpor *razões recursais com efeito suspensivo*, conforme os fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

Requer, por conseguinte, seja seu recurso recebido, processado e concedido o efeito suspensivo, e em caso deste Julgador não reconsiderar sua decisão, que seja determinado

Marabá, PA, Brasil
Fl. 26, Qd. 01, Lt. 23.
Nova Marabá, 68509-001
Fone/Fax: +55 (94) 3322-4414/
Celular: +55 (94) 94-91611359
www.oliveiralimadvogados.adv.br

o encaminhamento do recurso para apreciação do seu Superior Hierárquico, como determina a nossa legislação que regula as licitações públicas.

I – DOS FATOS.

No ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito da Lei nº 8.666/93 – Lei das Licitações – estão insculpidas as normas de regência obrigatória que regulamentam o art. 37, XXI, da CF/1988 e instituem normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Nesse cenário, a luz do caso concreto, conforme a ata de Sessão do Pregão em destaque, datada do dia 21/05/2019, a licitante RILKSON COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI, venceu a fase de lances do Pregão, sendo declarada arrematante no âmbito do Pregão Presencial (SRP) Nº 047/2019 – CPL/PMM, em razão de ter ofertado o maior percentual de desconto no importe de 23% (vinte e três por cento). A segunda licitante, a empresa PASSAMANI TOSO COMERCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI apenas ofereceu 21% de desconto, restando derrotada na concorrência pública em apreço.

Entretanto, a licitante derrotada no certame, apresentou alguns questionamentos em desfavor da empresa primeira arrematante no Pregão em tela. No Âmbito do presente recurso, vamos nos ater apenas ao questionamento objeto do mesmo (atestado de capacidade técnica), *In verbis: a) o atestado de capacidade técnica não atende a compatibilidade ou semelhança solicitada pelo Edital na medida em que nenhum dos medicamentos constantes no documento é controlado pela portaria 344/98;*

De imediato, a impugnação ao norte foi rechaçada pela empresa arrematante, e, assim, foi suspensa a sessão pelo pregoeiro para averiguar e chegar a uma conclusão legal quanto aos questionamentos levantados.

Reaberta no mesmo dia a mencionada Sessão (21/05), o Sr. Pregoeiro não acatou a impugnação relatada ao norte (e também as demais), tendo avaliado pela legalidade e

conformidade com as determinações do edital de toda a documentação juntada pela licitante arrematante, ora recorrente, em especial a legitimidade do seu atestado de capacidade técnica, nos seguintes termos:

[...] a) na qualificação técnica exigida no Edital deste pregão, é solicitado que as empresas apresentem “Atestado(s) de capacidade técnica, que comprovem já ter o licitante executado fornecimento da mesma natureza da presente licitação” e o Atestado de Capacidade Técnica apresentado pela empresa RILKSON COMERCIO comprova que a mesma já forneceu produtos da mesma natureza da presente licitação (medicamentos), foi emitido por pessoa jurídica de direito público, qual seja a Prefeitura Municipal de Brejo Grande do Araguaia, está subscrito pelo Secretário Municipal de Saúde daquele município, informa o nome, cargo e contém assinatura do responsável pela informação, conforme exigido no Edital do Pregão Presencial SRP nº 047/2019 CPL/PMM. Não consta no referido Edital a exigência para que o Atestado de Capacidade Técnica contenha medicamentos controlados conforme portaria 344/98, o que se pede é que comprove fornecimento da mesma natureza (fornecimento de medicamentos) do objeto da presente licitação (Grifei) [...]

Porém, irresignada, com intuito meramente protelatório, e após precluso seu direito de manifestação, pois a própria sessão em comento foi interrompida para averiguar os questionamentos outrora alegados pela licitante, e, conforme reza a própria ata em destaque “*após o pregoeiro responder os apontamentos feitos, o representante da empresa PASSAMANI [...]*” -, essa inovou a destempo, alegando que a arrematante não teria comprovado no certame sua capacidade técnica, pois segundo a empresa PASSAMNI, em eventual diligência realizada, na prefeitura de Brejo Grande do Araguaia, - entidade de Direito Público que atestou a capacidade da arrematante -, não teria sido registrada nenhuma única compra ou pagamento no período de janeiro a dezembro de 2018, fato, este, que, segundo a impugnante, desqualificaria o atestado de capacidade técnica apresentado pela arrematante no certame.

Nesse passo, o Sr. Pregoeiro, mesmo depois de ter ratificado a legitimidade do atestado de capacidade técnica do ora recorrente, conforme relatado ao norte, com base nos argumentos intempestivos e preclusos da licitante PASSAMANI, solicitou a empresa arrematante que apresentasse no prazo de até 02 (dois) dias úteis da sessão “**a documentação comprovatória (notas fiscais) para fins de verificação das informações constantes no**



Atestado de Capacidade Técnica apresentado e emitido pela Prefeitura de Brejo Grande do Araguaia/PA”.

Dessa forma, reaberta a sessão no dia 27/05/2019, com base nos argumentos infundados da licitante PASSAMANI, e mesmo apresentado pedido de reconsideração pela empresa ora recorrente, que suplicou pela desconsideração da exigência ilegal e estranha ao edital da apresentação de notas fiscais realizada pelo Sr. Pregoeiro, Vossa Senhoria entendeu, equivocadamente, que os documentos entregues pelo ora recorrente não se constituem em comprovantes de despesa e, portanto, não se prestam a atestar o fornecimento dos produtos constantes no Atestado de Capacidade Técnica da PMBGA, declarando esta empresa desabilitada no certame, declarando, assim, após análise da documentação da empresa PASSAMANI habilitada e vencedora do objeto do certame.

Também restará explanado que a postura do Sr. Pregoeiro, respeitosamente, é repelida pelos Tribunais, já que foi eivada de contradição - *venire contra factum proprium* -, devendo ser imediatamente sanada por meio do presente recurso.

Portanto, será demonstrado exaustivamente que a exigência de apresentação de notas fiscais não coaduna com a legislação pertinente à matéria, tampouco com o Edital desse Pregão, nem tampouco com a melhor doutrina e jurisprudência, e, assim, a decisão de inabilitação da ora recorrente feriu de morte os princípios da legalidade e busca pelo melhor preço para a Administração, conforme os fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

São os fatos.

PRELIMINARMENTE. DA TEMPESTIVIDADE.

O presente recurso é tempestivo na medida em que a intenção de sua interposição foi manifestada e recebida pelo pregoeiro, no dia 27/05/2019. Dessa forma, sendo de 3 (três) dias úteis o prazo editalício para apresentar as razões do recurso, temos como prazo fatal o dia 30/05/2019, cumprindo, assim, o requisito da tempestividade.



II – DO DIREITO. DO OBJETO DO CERTAME LICITATÓRIO. RECAPITULAÇÃO FÁTICA: DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO *DECISUM* ADMINISTRATIVO.

Cinge-se a controvérsia, sobre a inexigibilidade de apresentação de notas fiscais, para fins de qualificação e comprovação de capacidade técnica e econômica da licitante arrematante em sede do Certame Licitatório Pregão.

Cito o resumo editalício, *ipsis litteris*:

PREFEITURA MUNICIPAL DE MARABÁ. AVISO DE LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL (SRP) Nº 047/2019-CPL/PMM, PROCESSO Nº 7.025/2019/PMM.

Tipo: Menor preço obtido pelo maior percentual de desconto sobre o valor constante na tabela CMED/ANVISA (PMC). Data do certame: 21/05/2019. Horário: 09:00 (horário local).

Objeto: Registro de preços para contratação de farmácia, drogaria ou empresa especializada para fornecimento de medicamentos, para atender às necessidades do Fundo Municipal de Saúde de Marabá com as demandas judiciais, demandas espontâneas excepcionais, especializadas e outras. Íntegra do Edital no site da Prefeitura de Marabá e na sala da Comissão Permanente de Licitação CPL/PMM, localizada no edifício Ernesto Frota, Avenida VP 08, Folha 26, Quadra 07, Lote 04, Bairro Nova Marabá.

PREGOEIRO: Raphael Cota Dias.

A licitante ora recorrente - RILKSON COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI -, venceu a fase de lances do certame, sendo declarada arrematante do Pregão Presencial (SRP) nº 047/2019 – CPL/PMM, em razão de ter ofertado o meio percentual de desconto no importe de 23% (vinte e três por cento).

Por sua vez, a segunda licitante, a empresa PASSAMANI TOSO COMERCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI que ofereceu apenas 21% (vinte e um por cento) de desconto, restou derrotada no certame em apreço, alegando que a arrematante não teria comprovado no certame sua capacidade técnica, pois segundo a empresa PASSAMANI, em eventual diligência realizada pela mesma, na prefeitura de Brejo Grande do Araguaia, - entidade de Direito Público

que atestou a capacidade da arrematante -, não teria sido registrada nenhuma única compra ou pagamento no período de janeiro a dezembro de 2018.

Fato este, que implicou arbitrária e ilegalmente na desqualificação e desclassificação da recorrente, por suposta ausência de capacidade técnica em virtude da não apresentação das notas fiscais.

Com base nesses fatos, passa-se a contestar o *decisum* administrativo de desclassificação da recorrente com as seguintes teses e argumentos jurídicos, ponto a ponto, conforme a seguir.

II. 1 - EXIGÊNCIA ARBITRÁRIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTA FISCAL COMO QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICA: ROL *IN NUMERUS CLAUSUS* DA LEI Nº 8.666/93.

Prima facie, impende esclarecer que a exigência de apresentação de notas fiscais, não se mostra requisito imprescindível à garantia de cumprimento idôneo das obrigações licitatórias, tampouco representa sinal de qualificação técnica e econômica das partes interessadas.

A exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, ainda que constante no Edital do Certame Licitatório, mostra-se arbitrária, inconstitucional e ilegal.

Isto porque, tal exigência não se encontra entre os documentos relacionados no rol exaustivo – *in rol numerus clausus* - do art. 30 da Lei 8.666/1993, aplicável a todas as modalidades licitatórias, inclusive ao Pregão (Cf. art. 9º da Lei nº 10.520/2002 que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a modalidade de licitação denominada pregão, dispondo que aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666/93.

Para melhor elucidação, trago à baila o mencionado dispositivo legal no que tange à documentação necessária e limitada - relativa à qualificação técnica dos competidores licitatórios, *ipsis litteris*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

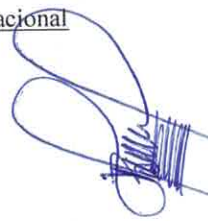
IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.



§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

Como se nota, a comprovação da capacidade técnica e econômica poderá ser comprovada mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrado nas entidades profissionais competentes, inexistindo, em momento algum, a exigência de apresentação de notas fiscais ou quaisquer outras documentações de cunho fiscal para fins de comprovação da qualidade e capacidade técnica e econômica dos participantes.

A norma de regência dispôs expressamente, que **'sempre'** deverá ser admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, sendo vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em

locais específicos, ou quaisquer outras – inclusive, as notas fiscais - não previstas a referida lei, que inibam a participação dos competidores na licitação.

Desse modo, escorreito se faz asseverar que a exigência de notas fiscais que comprovem a execução de serviços análogos ao licitado configura excesso na fixação dos critérios prévios de habilitação e, no presente caso, foi prejudicial à competitividade.

Com efeito, a habilitação é a fase da licitação que visa aferir se o candidato interessado em contratar com a Administração preenche as qualificações e os requisitos necessários para a adequada execução do objeto. Entrementes, as exigências constantes do instrumento convocatório não podem ser indevidas e impertinentes, tal como no caso, restringindo imotivadamente a ampla participação no certame.

Nesse sentido, colaciono precioso julgado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, senão vejamos:

EMENTA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO EXECUTIVO DA SINALIZAÇÃO TURÍSTICA INTERPRETATIVA DO “CONJUNTO URBANÍSTICO E ARQUITETÔNICO DA PAMPULHA”. 1) EXIGÊNCIA DE NOTA FISCAL PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. 2) EXIGÊNCIA, PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, DA CONFEÇÃO E INSTALAÇÃO DE PLACAS EM QUANTITATIVO EM 50% SUPERIOR À TOTALIDADE DE PLACAS PREVISTAS COMO OBJETO DO CERTAME. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTAS. 1. Compreende-se que se trata de faculdade, para a Administração, a inserção de orçamento estimado em planilha no caso dos pregões. À falta de comando expreso na lei, e considerando, ainda, inexistir consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da questão, não se pode imputar multa àqueles jurisdicionados que não tenham promovido a publicidade da indigitada planilha. 2. In casu, não houve qualquer consequência, em virtude da falta desse instrumento, que repercutisse maculando a competitividade ou que implicasse sobrepreço, em evidente prejuízo aos cofres municipais e à economicidade, reiterando o posicionamento de que inexistente qualquer irregularidade, no caso dos pregões, desde que o orçamento estimado em planilha de preços unitários conste do procedimento de fase interna, prescindindo que seja publicado como anexo ao edital. 3. A exigência de notas fiscais que comprovem a execução de serviços análogos ao licitado configura excesso na fixação dos critérios prévios de habilitação e, no presente caso, foi prejudicial à competitividade. 4. A habilitação é a fase da licitação que visa aferir se o candidato interessado em contratar com a Administração preenche as qualificações e os requisitos necessários para a adequada execução do objeto. Contudo, as exigências constantes do instrumento convocatório não podem ser indevidas e impertinentes, restringindo imotivadamente a ampla participação no certame. 5. À Administração Pública não cabe fazer exigências que

inadvertidamente frustrem o caráter competitivo da licitação, devendo agir com vistas a assegurar a ampla participação no certame, possibilitando o maior número de concorrentes, desde que tenham qualificação para executar o objeto licitado. (TCE-MG. Pregão Presencial nº 002/2013, Processo Administrativo nº 26.163/DDNN/2013. RELATOR: CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO LICURGO MOURÃO. 6ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 25/03/2015).

Ressalte-se, a Lei de Licitações veda as exigências desnecessárias ou meramente formais, sendo que, cada objeto licitado tem suas especificações e nuances e, portanto, carece de instrumentos diferentes para ser considerado apto à adjudicação para a Administração Pública.

O exame da legalidade das exigências editalícias, para os fins de comprovação de qualificação contidas nos arts. 28 a 30 da Lei nº. 8.666/93 importa no juízo de razoabilidade das medidas impostas pela Administração para garantir a seleção de prestador de serviço ou fornecedor realmente capaz de cumprir o contrato que será firmado.

Por isso mesmo, a exigência de notas fiscais que comprovem a execução de serviços análogos ao licitado configura excesso na fixação dos critérios prévios de habilitação e, no presente caso, foi prejudicial à competitividade.

A própria Constituição da República preceitua que o processo de licitação “*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*” (Cf. art. 37, inciso XXI da Carta Republicana de 1988). De sorte que, não pode a Administração Licitante exceder-se em seu juízo deliberatório com excesso de formalismo ilegal e inconstitucional.

Sobre o tema, o Plenário do Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado no sentido de ser indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993.

Sendo firme a jurisprudência daquela Corte de Contas de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, aplicável ao Pregão, ao utilizar a expressão ‘*limitar-se-á*’, elenca de forma exaustiva – *in numerus clausus* - todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante, não podendo a administrador exigir documentos diversos mesmo em sede de edital do certame, sob pena de ampliar inconstitucional e ilegalmente as regras do procedimento licitatório (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário do TCU).

Cito precedentes da Corte de Contas Federal, ementada nos seguintes termos:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. REJEIÇÃO DA MELHOR OFERTA MOTIVADA PELA AUSÊNCIA DAS NOTAS FISCAIS ASSOCIADAS AOS ATESTADOS TÉCNICOS DA PROPONENTE E, AINDA, PELA INCLUSÃO DE TEXTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA SEM TRADUÇÃO JURAMENTADA. EXORBITÂNCIA DA EXIGÊNCIA HABILITATÓRIA ALUSIVA À APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE COMPREENSÃO E AVALIAÇÃO DA PROPOSTA, DA UTILIZAÇÃO, EM CARÁTER ACESSÓRIO, DE MATERIAL TÉCNICO EM IDIOMA ESTRANGEIRO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DOS ATOS IRREGULARES DE INABILITAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. 9.1. conhecer da representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; 9.2. com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, assinar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, para que o Instituto Nacional de Câncer (Inca) torne sem efeito, no âmbito do Pregão Eletrônico 280/2012, a inabilitação e a desclassificação da empresa Dell Computadores do Brasil Ltda., detentora da melhor oferta na fase de lances, anulando todos os atos subsequentes e retomando, a partir desse ponto, o andamento regular do certame; 9.3. Dar ciência ao Inca de que, no processamento do Pregão Eletrônico 280/2012, promovido pela entidade, foram identificadas as seguintes falhas: 9.3.1. exigência, contida no item 9.5.1.1 do ato convocatório, de que os atestados de comprovação de capacidade técnica fossem acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, em contrariedade ao disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993; 9.3.2. exigência, sem respaldo legal ou editalício, de que os documentos suplementares apresentados pelos licitantes, a exemplo de catálogos e folhetos técnicos, quando redigidos em língua estrangeira, fossem acompanhados de tradução juramentada, ainda que dispensáveis à aferição da idoneidade das propostas. 1. É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993. Representação de empresa acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 280/2012, promovido pelo Instituto Nacional de Câncer (Inca), destinado à contratação de solução de storage. Três empresas participaram do certame, sendo que a classificada em primeiro lugar veio a ser inabilitada. Entre os motivos que justificaram essa decisão, destaque-se a apresentação por essa empresa de atestados técnicos desacompanhados das notas fiscais, exigência essa que constara do respectivo edital. A respeito de tal questão, o relator anotou que “a

jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão 'limitar-se-á', elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário)". Ressaltou, ainda, que "nenhuma dúvida ou ressalva foi suscitada, pela equipe que conduziu o certame, quanto à idoneidade ou à fidedignidade dos atestados apresentados pela empresa". E, mesmo que houvesse dúvidas a esse respeito, "de pouca ou nenhuma utilidade teriam as respectivas notas fiscais". Em tal hipótese, seria cabível a realização de diligências para esclarecer ou complementar a instrução, consoante autoriza do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator e por considerar insubsistente esse e o outro motivo invocados para justificar a mencionada inabilitação, decidiu: a) determinar ao Inca que torne sem efeito a inabilitação da detentora da melhor oferta na fase de lances, "anulando todos os atos subsequentes e retomando, a partir desse ponto, o andamento regular do certame"; b) dar ciência ao Inca de que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica "acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993"(TCU - Acórdão 944/2013-Plenário, TC 003.795/2013-6, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.4.2013).

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA DO REPRESENTADO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS. LICITAÇÃO SUSPensa POR INICIATIVA DO PRÓPRIO ÓRGÃO. NEGATIVA DO PROVIMENTO CAUTELAR. EXAME DO MÉRITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO. 1. No instrumento convocatório, só podem ser formuladas exigências de qualificação técnica que encontrem respaldo em lei (art. 27, caput, c/c art. 30, caput, ambos da Lei n.º 8.666/93), e desde que se revelem, no caso concreto, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas perante o ente público contratante (art. 37, XXI, in fine, da Constituição Federal de 1988). 2. O art. 30 da Lei n.º 8.666/93 enumera os documentos que podem ser exigidos para fim de comprovação da qualificação técnica das licitantes, entre os quais não se incluem certificados de qualidade. 3. "Orçamento" ou "valor orçado" ou "valor de referência" ou simplesmente "valor estimado" não se confunde com "preço máximo". O "valor orçado", a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o "preço máximo" a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. 4. Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93, o orçamento estimado deve figurar como anexo do edital, contemplando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU é no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa. (Tribunal de Contas da União. Plenário. Representação n. 033.876/2010-0. Acórdão 392/2011. Relator Ministro José Jorge. Data da sessão: 16 de fevereiro de 2011).

1. É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993. 2. Ultrapassada a fase de habilitação, não é mais cabível a desclassificação de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fato superveniente ou só conhecido após o julgamento. 3. A inserção, em mesmo lote, de itens usualmente produzidos por empresas de ramos distintos restringe o caráter

competitivo da licitação. 4. É obrigatória a fundamentação, com base em estudos e levantamentos específicos, para definição dos valores de índices de qualificação econômico-financeira de licitante. 5. **Os requisitos definidos para a conformação de rede credenciada devem compatibilizar o caráter competitivo do certame com a satisfação das necessidades da entidade, de tal modo a garantir o conforto e liberdade de escolha dos usuários.** (TCU – Informativo de Licitações e Contratos, nº 148. Sessões: 16 e 17 de abril de 2013).

Nesse sentido, também é o entendimento jurisprudencial do TJ-AC. *In verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. **EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. ILEGALIDADE.** ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR AS SANÇÕES IMPOSTAS E IMPEDIR A SUSPENSÃO DO CREDENCIAMENTO DA IMPETRANTE DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES. **Não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da lei nº. 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando direito líquido e certo do impetrante.** (TJAC Tribunal Pleno, MS nº 5011276320108010000/AC, rel. Juiz Arquilau de Castro Melo, de 13/04/2011). Grifei.

Destarte, a decisão administrativa de desclassificação do recorrente resta eivada de nulidade absoluta considerando a afronta direta à Lei nº 8.666/93, ao desclassificar a empresa recorrente pela não apresentação de notas fiscais relativas à comprovação de capacidade técnica e econômica do objeto licitatório.

Ante o exposto, deverão ser anulados todos os atos subsequentes da licitação que desclassificou a recorrente e retomado, a partir desse ponto, o andamento regular do certame, dando-se plena ciência à empresa interessada de que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/93, devendo ser declarada a empresa arrematante, ora recorrente, vencedora do certame, considerando que a mesma preencheria todos os requisitos legais, e anulando-se eventual decisão que a desclassificara do Pregão Presencial.

II. 2 - DA INEXIGIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE NOTA FISCAL PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA.

Apenas por amor ao debate, já que nem a legislação nem tampouco o edital exigem a apresentação de nota fiscal para fins de comprovação de capacidade técnica em licitações, vamos abordar a temática no presente tópico.

A licitação – em quaisquer de suas modalidades – constitui-se um procedimento que visa em primeiro lugar à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, voltada a um *duplo objetivo*: i) o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e; ii) o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração.

Sob esse prisma, o procedimento licitatório visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia e da legalidade, cuja função é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público *lato sensu*.

Nessa quadra, a competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração.

Por isso mesmo, qualquer exigência que viole essa regra constitucional de satisfação do interesse público isonômico, exigindo dos competidores requisitos estranhos à legislação de regência, revela-se arbitrário, ilegal e inconstitucional.

Com efeito, a **administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital, sendo-lhes vedado, contudo, ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto.**

Id est, considerando que a exigência de nota fiscal não consta na Lei nº 8.666/93, nem tampouco no Edital em apreço, tal requisito se mostra estranho, arbitrário e inexigível em

sede de qualquer procedimento licitatório, violando, desse modo, art. 37, inciso XXI, da CB/1988, assim como os arts. 3º, 41 e 43, inciso V, da Lei 8.666/1993.

Nesse sentido, colaciono *mutatis mutandis* o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SENTIDO DE SUAS CLÁUSULAS. ART 37, XXI, CB/88 E ARTS. 3º, 41 e 43, V, DA LEI N. 8.666/93. CERTIDÃO ELEITORAL. PRAZO DE VALIDADE. CLASSIFICAÇÃO DO RECORRENTE E DAS EMPRESAS LITISCONSORTES PASSIVAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se válidas até a realização de novo pleito. 3. A habilitação das empresas litisconsortes passivas no certame, com o recorrente, não causa qualquer lesão a direito líquido e certo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RMS 24555 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 31-03-2006 PP-00014 EMENT VOL-02227-01 PP-00185).

Considerando essas premissas, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que, malgrado a lei poder, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

Isto porque, a Carta Republicana exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.

Sobre o tema, colaciono diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais foram considerados inconstitucionais – verdadeiros *aditamentos* à lei nº 8.666/93 - a exigência de requisitos estranhos à legislação e que não serviam para atestar a qualificação

técnica e econômica dos competidores de certames licitatórios, reputando-se violadores do art. 37, inciso XXI da Carta Republicana, senão vejamos:

“Licitação. Análise de proposta mais vantajosa. Consideração dos valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado. Discriminação arbitrária. Licitação. Isonomia, princípio da igualdade. Distinção entre brasileiros. Afronta ao disposto nos arts. 5º, caput; 19, III; 37, XXI; e 175 da CB. É inconstitucional o preceito segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens, os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. (...) A CB exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do art. 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.” (STF - ADI 3.070, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-2007, Plenário, DJ de 19-12-2007).

“A pretexto de regular fornecimento de remédios, disciplinou-se licitação. Isso ocorreu no que o mencionado § 3º exige das empresas que dela participem a **apresentação de declaração do credenciamento como distribuidora e a subscrição de termo de responsabilidade quanto à entrega dos produtos nas quantidades estabelecidas na licitação. Trata-se de verdadeiro aditamento à Lei de Licitações – Lei 8.666/1993. Defiro a medida acauteladora para suspender,** até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade, **a eficácia do § 3º do art. 5º da Portaria 2.814, de 29-5-1998, editada pelo Ministério da Saúde.**” (STF - ADI 4.105-MC, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 18-6-2010).

“Licitação estadual. Exigência de declaração relativa à segurança e à saúde do trabalhador expedida por repartição federal. Não tem pertinência com a garantia do cumprimento do contrato objeto da licitação no âmbito estadual a exigência de declaração expedida por repartição federal relativa à segurança e à saúde do trabalhador. **A exigência assim feita viola o art. 37, XXI, da CF.**” (RE 210.721, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 20-5-2008, Primeira Turma, DJE de 8-8-2008.) No mesmo sentido: HC 94.170, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 10-6-2008, Primeira Turma, DJE de 8-8-2008.

“(…) A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais

afronta a igualdade – art. 5º –, bem assim o preceito veiculado pelo art. 175 da CB. (...) Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. **A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra.** Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, **é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.** **A CB exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** **A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.** (STF - ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008.) No mesmo sentido: RE 607.126-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011.

Ora, escorreito asseverar que a exigência de apresentação de notas fiscais, tal como no caso, não se mostra requisito indispensável à garantia de efetivo adimplemento das obrigações licitatórias a que se destinou o objeto do certame, não implicando *ipso facto* na garantia de que a simples apresentação de notas fiscais é sinal absoluto de qualificação técnica e econômica das partes interessadas, representando requisito estranho à legislação, não podendo servir tal exigência como requisito legítimo e constitucional à lisura do procedimento licitatório.

Com efeito, a comprovação de capacidade técnica era uma das exigências contidas no Edital do Certame. Outrossim, também é certo que, em havendo previsão na lei nº. 10.520/02 de aplicação subsidiária da lei nº. 8.666/93, lícito que a Administração, durante o procedimento licitatório realizado na modalidade de pregão eletrônico, realize diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo.

Todavia, **o que se impõe, é o sopesamento, no caso vertente, em relação à exigibilidade ilegal de apresentação de notas fiscais, tendo em vista que tal requisito não consta na norma de regência, implicando em afronta direta aos princípios da legalidade e da razoabilidade.**

Ad instar, a lei nº. 8.666/93, aplicável subsidiariamente, conforme já dito, em seu art. 30, II e § 1º, estatui que a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com as exigências do objeto da licitação será feita mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Nota-se, pois, que em nenhum momento se condiciona a validade deste atestado a qualquer outra exigência e, sendo assim, revela-se possível concluir que qualquer outra exigência feita pela Administração nesse sentido – tal como a apresentação de notas fiscais - não se mostra legítima e razoável.

Sobre o tema, o Colendo o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar, em grau de recurso, caso em que havia no edital de abertura de licitação exigência expressa de apresentação de atestado de capacidade técnica acompanhado de empenho, ordem de serviço ou nota fiscal, entendeu padecer de ilegalidade, porquanto se trata de exigência não prevista na legislação, reputando-se violado direito líquido e certo do impetrante, inclusive a ser reparado pela via do mandado de segurança.

Cito os mencionados precedentes daquele Sodalício Superior, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO – EDITAL DE LICITAÇÃO – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS COMPROBATÓRIOS DE PRESTAÇÃO ANTERIOR DE SERVIÇO IDÊNTICO OU SIMILAR AO DO OBJETO DA LICITAÇÃO, ACOMPANHADOS DE EMPENHO, ORDEM DE SERVIÇO OU NOTA FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGALIDADE DO ATO – RECONHECIMENTO, EM SEDE DE APELAÇÃO – RECURSO ESPECIAL – ACÓRDÃO RECORRIDO INCENSURÁVEL. IMPROVIMENTO. Na realização de licitação, se do edital, no item relativo à apresentação de documentos para comprovar a qualificação técnica, são estabelecidas outras exigências não previstas na legislação de regência (artigo 30, inciso II da Lei nº 8.666/93), configura-se ilegalidade a ser reparada pela via do mandado de segurança. Recurso improvido. (STJ - REsp: 316755 RJ 2001/0040498-7, Relator: Ministro GARCIA VIEIRA, Data de Julgamento: 07/06/2001, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 392 RSTJ vol. 149 p. 123).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.917 - AC (2012/0077965-6). CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR AS SANÇÕES IMPOSTAS E IMPEDIR A SUSPENSÃO DO CREDENCIAMENTO DA IMPETRANTE DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES. Não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da lei nº. 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando direito líquido e certo do impetrante. (...) Sustenta contrariedade ao art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666/1993. (...) De fato, a comprovação de capacidade técnica era uma das exigências contidas nos editais de aberturas de ambos os procedimentos licitatórios (fls. 383/418).

Outrossim, também é certo que, em havendo previsão na lei nº. 10.520/02 de aplicação subsidiária da lei nº. 8.666/93, lícito que a Administração, durante o procedimento licitatório realizado na modalidade de pregão eletrônico, realize diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo. **O que se impõe, todavia, é sopesar se, no caso vertente, a medida imposta, apresentação de notas fiscais, condiz com a razoabilidade e encontra amparo legal. A lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente, conforme já dito, em seu artigo 30, II e § 1º, estatui que a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com as exigências do objeto da licitação será feita mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.** Perceba-se, pois, que **em nenhum momento se condiciona a validade deste atestado a qualquer outra exigência e, sendo assim, parece-me possível concluir que qualquer outra exigência feita pela Administração nesse sentido não se mostra legítima e razoável. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar, em grau de recurso, caso em que havia no edital de abertura de licitação exigência expressa de apresentação de atestado de capacidade técnica acompanhado de empenho, ordem de serviço ou nota fiscal, entendeu padecer de ilegalidade, porquanto se trata de exigência não prevista na legislação de regência (artigo 30, II, da lei nº 8.666/93).** No mesmo sentido, pode-se citar a decisão proferida nos autos da Remessa Necessária em Mandado de Segurança nº. 2006.006883-5, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Por esta razão, in casu, entendo que **o condicionamento imposto à impetrante restou descabido e desarrazoado e, por consequência, as penalidades que dele resultaram também padecem dos mesmos qualificativos.** (...) Ante o exposto, com fulcro na Súmula 568/STJ e no art. 932, III e IV, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 07 de junho de 2018. Ministro Og Fernandes Relator. (STJ - REsp: 1328917 AC 2012/0077965-6, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 14/06/2018).

Como já asseverado, a Constituição Federal é clara ao exarar que nos processos licitatórios somente poderão ser feitas "as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (Cf. art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal), sendo "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" (Cf. inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666/93).

A seu turno, o art. 44 da Lei Federal nº 8.666/93 preconiza que os editais do Certame não podem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei, *in verbis*:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, **os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.**

Convergindo à essa doxa, o Colendo Superior Tribunal de Justiça é unísono que, “*não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador*” (Cf. STJ - RO no MS nº. 12210/SP, Relator Ministro José Delgado, 1ª Turma, DJ 18/03/2002, p. 174).

Ressalte-se, o Superior Tribunal de Justiça tem posição firme quanto à ilegalidade de ato administrativo amparado por edital de licitação, mas contrário à disposição em lei, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO EM TOMADA DE PREÇO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tem-se aqui caso em que edital de licitação exigia a apresentação de garantia em até cinco dias da data da abertura da licitação. 2. De acordo com o art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, a apresentação de garantia é requisito para que o licitante seja considerado qualificado no aspecto financeiro-econômico. Como se sabe, a apresentação das qualificações insere-se na fase de habilitação, na esteira do art. 27 daquele mesmo diploma normativo, motivo pelo qual a exigência de garantia antes do referido período é ilegal. 3. Não ajuda à Administração sustentar que o edital é lei entre as partes e que a decisão que aplica os dispositivos antes mencionados viola o art. 41 da Lei n. 8.666/93, pois, se é verdade que o edital vincula o Poder Público, não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado. 4. Recurso especial não provido. (STJ - REsp 1018107 / DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 12/06/2009).

Oportuno trazer à baila o voto do ilustre Desembargador Federal Souza Prudente no julgamento do AC 2007.32.00.008191-0/AM sobre o *formalismo exacerbado* da Administração licitante, ao aduzir *in verbis*:

“Em que pese a vinculação da Administração Pública e dos administrados aos termos da legislação, princípios e edital de regência do certame público, afronta o princípio da razoabilidade a desclassificação de empresa que pode apresentar proposta mais vantajosa à Administração quando restar amparada em mero formalismo, como no caso dos autos, em que, apesar do lançamento equivocado de informação em formulário de habilitação ao certame, a simples leitura dos documentos que compõem o processo respectivo supre facilmente a falta cometida, mormente porque a própria Administração, inicialmente, superou a questão, aparentemente por entender se tratar de mera irregularidade.”(TRF – 1 AMS

2001.34.00.013152-6/DF; Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, 6ª Turma, DJ p.96 de 29/10/2007).

Assim sendo, considerando tratar-se de direito líquido e certo da parte recorrente no sentido de que a exigência de apresentação de notas fiscais, não se mostra requisito imprescindível à garantia de cumprimento idôneo das obrigações licitatórias, tampouco representa sinal de qualificação técnica e econômica.

Nesse rumo, se mostra inexigível que os atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, e tendo ainda o fato agravante de, nem ao menos o presente Edital do certame exigir tal meio comprobatório, para fins de capacidade técnica, considerando, outrossim, que a licitante RILKSON COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI, venceu a fase de lances do certame, sendo declarada arrematante no âmbito do Pregão Presencial (SRP) Nº 047/2019 – CPL/PMM, em razão de ter ofertado o maior percentual de desconto no importe de 23% (vinte e três por cento), requer seja a mesma declarada vencedora do respectivo certame, sob pena de nulidade do feito *ab initio*.

II. 3 – DA VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*.

Senhor Pregoeiro, como já relatado ao norte, Vossa Senhoria afirmou ‘existir’, posteriormente afirmou “*inexistir*” o que comprovadamente ‘*existe*’ – que é o direito do autor. Ou seja, na primeira ata da sessão do Pregão em apreço afirmou que o Atestado de Capacidade Técnica apresentado pela empresa RILKSON COMERCIO comprova que a mesma já forneceu produtos da mesma natureza da presente licitação (medicamentos), foi emitido por pessoa jurídica de direito público, qual seja a Prefeitura Municipal de Brejo Grande do Araguaia, está subscrito pelo Secretário Municipal de Saúde daquele município, informa o nome, cargo e contém assinatura do responsável pela informação, conforme exigido no Edital do Pregão Presencial SRP nº 047/2019 CPL/PMM e em seguida, na Ata nº 02 da Sessão do Pregão em

destaque paradoxalmente na fase exauriente de seu novo “*inexistir*” revogou sua própria decisão com base também nos mesmos fatos.

A decisão de inabilitar a ora recorrente, diametralmente contraditória e paradoxal, desconsiderou completamente a convalidação feita por Vossa Senhoria acerca atestado de capacidade técnica apresentado por ela.

Nesse cenário, *não pode de uma mesma fonte jorrar água doce e água salgada*”, assim como não poderia Vossa Excelência em seus atos decisórios – enquanto aplicador da legislação no certame adotar **conduta bipolar administrativa**, usando os mesmos fatos, provas e contextos, para convalidar o atestado de capacidade técnica e depois estranhamente não aceita-lo, exigindo arbitrariamente documento não previsto em legislação. Em um momento o atestado é legítimo, já em outro o mesmo perde sua validade, mesmo se tratando do mesmo documento!

A inesperada mudança de entendimento de Vossa Senhoria, violou, outrossim, os **princípios da confiança e da segurança jurídica**. Clarividente que a administração pode se valer do princípio da autotutela administrativa, contudo, deve a administração ponderar as consequências de sua decisão e pautar-se em provas idôneas e robustas que justifiquem a mudança de seu entendimento, situação totalmente inexistente no presente caso concreto, já que Vossa Senhoria se pautou em requisito, conforme exaustivamente explanado, ilegal (notas fiscais) para fundamentar a decisão de inabilitação da recorrente nesse certame.

Nesse sentido, cito *mutatus mutandis* o entendimento jurisprudencial a seguir:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRATO ADMINISTRATIVO - RETENÇÃO DO PAGAMENTO COM BASE EM IRREGULARIDADE FISCAL - PREVISÃO NO ACORDO - PRESENÇA DE ELEMENTO VOLITIVO - VEDAÇÃO AO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, exige-se de qualquer licitante a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista para a habilitação nas licitações (art. 27, IV) e execução do contrato (art. 55, XIII). 2. Sem embargo, não é assegurado à Administração Pública reter pagamentos pela prestação de serviços efetivados, sob pena de enriquecimento ilícito. 3. No caso concreto, porém, a agravante firmou acordo com o Município de Ubá,

através do qual restou definido que o repasse do saldo remanescente ocorreria desde que a empresa comprovasse a regularidade fiscal exigida no contrato administrativo. 4. **Dessa forma, considerando que houve anuência com a exigência prevista, há que prevalecer o disposto no ajuste estabelecido, notadamente perante a vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium).** 5. Outrossim, tendo sido celebrado de forma livre e espontânea, o negócio jurídico faz lei entre as partes, vinculando-as ao pactuado. 6. Recurso não provido. (TJ-MG - AI: 10000170509442001 MG, Relator: Raimundo Messias Júnior, Data de Julgamento: 11/03/0018, Data de Publicação: 16/03/2018). Grifei.

Sob o mesmo prisma é o entendimento doutrinário a seguir:

Especificamente no Direito Administrativo, o exame eminentemente doutrinário e, no Brasil, ainda incipiente sobre o tema, invoca como justificativa à proteção da boa-fé na seara pública a impossibilidade de o Estado violar a confiança que a própria presunção de legitimidade dos atos administrativos traz, agindo contra factum proprium. (...)” (MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio 2002.

Dessa forma, a autotutela e o poder-dever da Administração Pública de anular ou revogar seus próprios atos não pode ser exercido em detrimento da confiança dos administrados, a qual deve ser sopesada, diante do caso concreto, para delimitar a responsabilidade do Estado por seus atos e a possibilidade de salvaguardar tais atos ou seus efeitos, preservando a estabilidade das relações jurídicas firmadas, **atitudes totalmente ignoradas no presente certame** em razão da decisão contraditória de inabilitar por ausência de capacidade técnica que já tinha comprovado tal característica, com anuência do próprio Pregoeiro, não restando outra alternativa, também pelo presente motivo, para anular o ato de inabilitação da ora recorrente e por consequência declara-la vencedora dessa Licitação.

II. 4 – DO EFEITO SUSPENSIVO.

Fundamentando a possibilidade jurídica de atribuição do efeito suspensivo ao presente recurso, nos valem os (*in* Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 157 e 158), que assim dispõe sobre a matéria, *verbis*:

“O regulamento federal pretendeu inovar a disciplina acerca dos recursos, determinando a supressão do efeito suspensivo dos recursos. Não se afigura que tal opção estivesse disponível para ser exercitada em nível regulamentar, já que a disciplina legislativa acolheu solução diversa. Mas nem há maior necessidade de crítica ao regulamento federal. O inc. XVIII é letra morta e totalmente inútil. Melhor teria sido nunca ter existido, mas sua existência não acarreta efeito jurídico algum. É que a Lei nº 10.520 determina que a adjudicação apenas poderá fazer-se depois de julgado o recurso. Enquanto não decididos os recursos, não pode haver adjudicação. Sem essa, não cabe contratação. Ora, o recurso não seria dotado de efeito suspensivo apenas se fosse viável o prosseguimento do certame concomitantemente com o processamento do recurso. Assim não o é. A disciplina para o processamento do recurso assegura a impossibilidade de a decisão recorrida produzir seus efeitos normais depois de interposto o recurso. Portanto e ao contrário do que se lê no inc. XVIII do art. 11 do regulamento federal, o recurso tem efeito suspensivo.” (grifei).

Sendo assim, escudado na importante lição doutrinária ao norte, requer-se atribuição do efeito suspensivo ao presente recurso até o devido julgamento do mesmo por Vossa Senhoria.

III – DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, requer que se digne Vossa Senhoria de:

- a) conhecer o presente recurso e atribuir o seu devido efeito suspensivo;
- b) com base nas razões ora trazidas **anular** a decisão que declarou vencedora do objeto do presente certame a empresa PASSAMANI TOSO COMERCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI;
- c) em consequência do atendimento do item supra, em razão do cumprimento de todos itens legais e editalícios, conforme exaustivamente defendido nesta, **declarar** vencedora do Pregão Presencial (SRP) N° 047/2019 – CPL/PMM, a empresa RILKSON **COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI**, considerando que a mesma preencheria todos os requisitos legais, e anulando-se eventual decisão que a desclassificara do Pregão Presencial, sob pena de nulidade do feito *ab initio*;



d) Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada de isso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei n.º 8.666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Nestes termos,

pede deferimento.

Marabá/PA, 29 de maio de 2019.

Rilkson dos Santos Lima

RILKSON COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI

RILKSON DOS SANTOS LIMA – CPF: 769.273.342-20

(proprietário/administrador)

Daniel Cavalcante

DANIEL CAVALCANTE
OAB/PA Nº 21.226