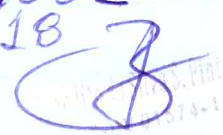


**À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO – CPL – COMPANHIA DE SANEAMENTO DO
PARÁ – COSANPA**

CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 013/2017 – CONSANPA – PA

2018 435203
26092018


SGARBI E MAGALHÃES ADVOGADOS, sociedade de advogados inscrita no CNPJ nº 08.471.695/0001-00 e devidamente registrado na OAB/MG sob o número 2.274, com sede na Rua Fernandes Tourinho, 487, 6º andar, Funcionários, 30112-000, Belo Horizonte/ MG, por seu responsável legal, **ANDRE DE ALBUQUERQUE SGARBI**, advogado, brasileiro, casado, inscrito na OAB/MG sob o nº 98.611, com fulcro no art. 109, I, a da Lei 8666/ 93, vem, respeitosamente, perante essa Comissão, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, em face da ata de julgamento final da Concorrência Pública nº 013/2017 – COSANPA – PA, nos termos que se seguem:

I - DA TEMPESTIVIDADE

Em 20 de setembro de 2018 (quinta-feira), por meio da publicação no site da COSANPA, a ora recorrente foi cientificada da Ata de Julgamento Final da Concorrência Pública nº. 013/2017 da Companhia de Saneamento do Pará – COSANPA, na qual declarou como inexecutável a proposta da presente licitante, declarando ainda como vencedor Nilo & Almeida Advogados Associados.

Sendo de 5 (cinco) dias úteis o prazo para a interposição de recurso em face das decisões de julgamento das propostas, conforme o disposto no art. 109, I, b da Lei 8666/93, tem se por tempestivo o presente recurso protocolado na presente data, art. 110 da mesma lei.

II – DO ERRO DE FATO CONSTANTE NA ATA DE JULGAMENTO – CÁLCULO DO PARÂMETRO DE EXEQUIBILIDADE INCORRETO– NULIDADE DO JULGAMENTO.

Da análise da ata de julgamento final, tem-se que foi adotado como critério de exequibilidade o parâmetro previsto no artigo 48, §1º, alínea a da Lei n.º 8.666/1993, que dispõem serem inexecutáveis os valores inferiores à 70% (setenta por cento) da



média aritmética das propostas superiores à 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração.

A Comissão de Licitação informou que o patamar de inexequibilidade, de acordo com a previsão legal informada acima, seria o valor de R\$ 669.293,00 (seiscentos e sessenta e nove mil duzentos e noventa e três reais), o que culminou na declaração do Escritório licitante Nilo & Almeida Advogados Associados como vencedor do certame, restando desclassificadas como inexequíveis todas as demais propostas apresentadas. Contudo, com o devido respeito, vê-se que o valor indicado pela i. Comissão está incorreto, senão vejamos.

Da análise das propostas apresentadas por todas as licitantes, tem-se que foram apresentadas quatro propostas superiores à 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração: R\$ 598.900,00 (Sgarbi & Magalhães, ora peticionária); R\$ 599.000,00 (Abbad, Barreto, Dolabella, Fiel advogados associados); R\$ 663.497,00 (Martinez & Martinez Advogados Associados) e R\$ 815.775,00 (Nilo & Almeida Advogados Associados)

A soma dos referidos valores equivale à R\$ 2.677.172,00; a média aritmética resulta no valor de R\$ 669.293,00; 70% da média aritmética equivale, portanto, à R\$ 468.505,10.

$$0,70 \times \{(598.900,00+599.000,00+663.497,00 +815.775,00) /4\} = R\$ 468.505,10$$

Vê-se que a Comissão de Licitação indicou como valor de parâmetro **tão somente a média aritmética** das propostas superiores à 50% do valor do orçamento da licitação e não 70% desse valor, nos termos que dispõem o art. 48, §1º, a, da Lei n.º 8.666/1993.

Assim, evidente o erro material constante da referida Ata de Julgamento, eis que o parâmetro de exequibilidade nos termos do artigo supramencionado se trata do valor de R\$ 468.505,10 (quatrocentos e sessenta e oito mil quinhentos e cinco reais e dez centavos) e não R\$ 669.293,00 (seiscentos e sessenta e nove mil duzentos e noventa e três reais), que por sua vez, acarreta na nulidade do próprio julgamento, considerando que possui o condão de alterar o seu resultado.

Vê-se que a situação em tela se configura como vício no motivo do ato administrativo exarado eis que o resultado de julgamento se deu com base em informação equivocada, logo, a motivo do ato administrativo não correspondente à

realidade dos fatos. Nesse sentido, esclarecedora à Lição de José dos Santos Carvalho Filho¹, abaixo:

*Toda vontade emitida por agente da Administração resulta da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos. Significa que é inaceitável, em sede de direito público, a prática de ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito, responsáveis pela extroversão da vontade. **Pode-se, pois, conceituar o motivo como a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo.** (...) LAUBADÈRE, tratando dos vícios no motivo, refere-se a duas espécies, e uma delas é exatamente a falta de correspondência do motivo com a realidade fática ou jurídica. Registra o autor: **“O ato administrativo pode ser ilegal porque os motivos alegados pelo autor não existiram, na realidade, ou não têm o caráter jurídico que o autor lhes emprestou; é a ilegalidade por inexistência material ou jurídica dos motivos (considerada, ainda, erro de fato ou de direito)”**. Acertada, pois, a lição segundo a qual **“tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”**. (Grifou-se).*

Portanto, a declaração do licitante Nilo & Andrade Advogados Associados como vencedor do certame deu-se com base em cálculos errados quanto ao valor do parâmetro de exequibilidade, portanto, fundamentado em circunstância não correspondente à realidade fática, eivada, deste modo, de vício quanto ao motivo, elemento do ato administrativo – erro de fato - culminado em sua nulidade, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, abaixo:

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. RECUSA. VÍCIO DE MOTIVAÇÃO. FATOS ESTRANHOS AO CASO APRECIADO PELA AUTORIDADE MILITAR IMPETRADA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. ATO INVÁLIDO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. **A motivação do ato administrativo deve ser explícita, clara e congruente, vinculando o agir do administrador público e conferindo o atributo de validade ao ato. Viciada a motivação, inválido resultará o ato, por força da teoria dos motivos determinantes.** Inteligência do art. 50, § 1.º, da Lei n. 9.784/1999. 2. No caso concreto, o praça recorrente, para fins de*

¹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 105 e 108.

*promoção, almeja o reconhecimento de invulgar conduta sua como sendo ato de bravura. A tal propósito, apresentou prova documental que demonstra **padecer o ato impetrado de incontornável vício de motivação, porquanto a autoridade coatora justificou a recusa de sua promoção por ato de bravura considerando fatos que, ao menos em parte, revelam-se inteiramente estranhos e dissociados do episódio funcional efetivamente protagonizado pelo impetrante, a saber, o salvamento de três pessoas em um grave incêndio, sem que ostentasse a condição de bombeiro. 3. Recurso do autor provido para se conceder parcialmente a segurança, declarando-se a nulidade do noticiado processo administrativo a partir do parecer da Comissão Permanente de Medalhas da Polícia Militar do Estado de Goiás, com a determinação da emissão de novo parecer conclusivo, a ser oportunamente apreciado pelo Comandante-Geral da corporação. (STJ. T1. RMS 56858/GO. Rel. Min. Sérgio Kukina. D.J.: 04/09/2018. D.P.: 11/09/2018). (Grifo nosso).***

Pelo exposto, o resultado da ata de julgamento final do presente certamente se deu com base em erro de fato, qual seja, cálculo errado do parâmetro de exequibilidade escolhido e, portanto, nulo.

Assim, pede a ora recorrente, seja declarada nula a ata de julgamento, devendo ser realizado nova avaliação das propostas comerciais dos licitantes, devendo ser considerando as circunstâncias do caso concreto, natureza do objeto licitado e as características específicas de cada licitante, a fim de se verificar a exequibilidade das propostas, conforme melhor explicitado no tópico abaixo.

III – DO CRITÉRIO PARA EXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS – IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DOS PARÂMETROS PREVISTOS NO §1º DO ARTIGO 48 DA LEI 8.666/1993.

Conforme se verifica da ata de julgamento, foi elencado como critério de exequibilidade das propostas os parâmetros elencados pelo §1º do artigo 48 da Lei 8.666/1943. Contudo, com o devido respeito, tem-se que tais parâmetros se aplicam, exclusivamente, para as licitações referentes à obras e serviços de engenharia, conforme expressamente previsto no texto da lei.

Os serviços e obras de engenharia demandam a aquisição de materiais e maquinários de valores expressivos, sempre contando com imprevistos que impactam na duração da execução e oneram à prestação dos serviços, razão pela qual o legislador apontou critérios objetivos à avaliação da exequibilidade da proposta, a fim

de evitar a interrupção do contrato diante da ausência de capacidade financeira do contratante no cumprimento do objeto licitado.

No entanto, os serviços objetos do presente certame são primordialmente intelectuais, cuja duração do contrato é predeterminada, não exigindo aquisição de maquinários e equipamentos de valores expressivos, que possam, eventualmente, comprometer a execução do contrato.

Nota-se, portanto, que a aplicação de tal critério para a presente licitação se mostra inadequada e desarrazoada, elevando, consideravelmente, o parâmetro de exequibilidade das propostas, ferindo o princípio da proposta mais vantajosa à administração pública.

Esclarece que, mesmo para as contratações de obras e serviços de engenharia, os parâmetros elencados pela Lei n.º 8666/1993 são relativos, apresentando tão somente presunção *iuris tantum* de inexequibilidade, devendo ser oportunizado ao licitante a demonstração da exequibilidade de sua proposta, conforme entendimento sumulado do TCU, abaixo:

SÚMULA TCU 262: O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Assim, se mesmo para certames referentes à obras e serviços de engenharia, o parâmetro elegido é relativo, patente a desarrazoabilidade na adoção do referido critério para a presente licitação, cuja prestação de serviço é eminentemente intelectual e os custos para a sua prestação são consideravelmente menores do que os necessários para obras e serviços de engenharia.

Necessário para justa apreciação da exequibilidade das propostas a análise específica das circunstâncias fáticas e de acordo com o caso concreto, considerando, inclusive, a capacidade financeira e estrutural de cada licitante, sob pena de violar o princípio da proposta mais vantajosa à administração, conforme já levantado acima. Quanto à questão da inexequibilidade, ensina Marçal Justen Filho²:

² Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações administrativas. 14. Ed São Paulo: Dialética, 2010. p. 653/654

Por outro lado, a inexecuibilidade se configura, usualmente, como uma questão relativa. Essa relatividade envolve não apenas os diferentes setores econômicos, mas também os diversos agentes atuantes numa mesma atividade. Logo, existem atividades que comportam margem de lucro muito reduzida, enquanto existem outras que apenas podem ser viabilizadas mediante remuneração mais elevada. Logo, não há como estabelecer soluções padronizadas, aplicáveis a diferentes segmentos de atividades econômicas. Mesmo no âmbito interno de uma mesma atividade, existem diferenças marcantes. Como os custos são diversos para cada empresa e como cada qual apresenta uma estrutura operacional distinta, é perfeitamente cabível que a mesma proposta possa ser qualificada como inexecuível para uma empresa e mereça enquadramento distinto para outros. (grifou-se).

Seguindo a doutrina, também entende o Tribunal de Contas da União, conforme se pode verificar do acórdão 2378/2017, abaixo:

ACÓRDÃO Nº 2378/2017 - TCU – Plenário Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, incisos III e V, alínea c; 237, inciso VII; e 250, inciso II; do Regimento Interno/TCU, em conhecer da presente Representação, indeferir o pedido de medida cautelar inaudita altera pars, tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para a sua adoção, e adotar as seguintes medidas/providências, de acordo com os pareceres constantes dos autos, encaminhando cópia desta deliberação ao Serviço de Saneamento Ambiental de Rondonópolis (Sanear), para subsidiar a resposta à diligência: 1. Processo TC-024.899/2017-8 (REPRESENTAÇÃO) 1.1. Responsável: Serviço de Saneamento Ambiental de Rondonópolis/MT (03.702.217/0001-31). 1.2. Órgão/Entidade: Município de Rondonópolis – MT. 1.3. Relator: Ministro Augusto Nardes. 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou. 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Mato Grosso (SECEX-MT). 1.6. Representação legal: não há. 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: 1.7.1. realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, ao Serviço de Saneamento Ambiental de Rondonópolis (Sanear), para que, relativamente ao processo licitatório Concorrência nº 04/2017, cujo objeto era a contratação de empresa especializada para execução de obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário de Rondonópolis, com recursos do PAC 2 – 2ª etapa, no prazo de 15 dias: 1.7.1.1. informe se a Classificação Nacional de

*Atividade Econômica (CNAE) da empresa vencedora já foi corrigida para contemplar adequadamente o objeto a ser realizado, encaminhando cópia da documentação que comprove a correção; 1.7.1.2. informe se a empresa já possui certidão junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea) atualizada e válida, apresentada ao órgão, encaminhando cópia da documentação que comprove a regularização; 1.7.1.3. **apresente as comparações de orçamento eventualmente efetuadas, durante o julgamento de preços, entre a proposta vencedora e a proposta derrotada, considerando que cada licitante possui sua própria estrutura de custos e estratégia de mercado, de modo que a aferição precisa acerca da exequibilidade econômica leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, especialmente no que diz respeito à questão dos encargos sociais;** 1.7.1.4. informe se a entidade vencedora do certame licitatório possui atualmente comprovação de registro no seu quadro técnico de pessoa detentora de acervo compatível com o objeto da obra e a exigência do edital, ainda que não possa exigir quantitativos mínimos de execução de rede de esgotamento sanitário; 1.7.2. realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Mato Grosso (Crea/MT) , para que, no prazo de 15 dias, informe se a Cooperativa de Trabalho e Serviços de Rondonópolis (Coomser) , CNPJ 01.421.380/0001-90, possui certidão junto àquele conselho profissional atualizada e válida, encaminhando cópia da documentação que comprove a regularização. (TCU. Acórdão de Relação 2378/2018 – Plenário. Relator Augusto Nardes. D.S.: 25/10/2017). (Grifou-se).*

Portanto, não basta simplesmente eleger um valor específico como balizamento para a análise da exequibilidade ou não de uma proposta, faz-se necessário atentar ao objeto da licitação, a natureza do serviço, bem como as características específicas de cada licitante, conforme, novamente, ensina Marçal Justen Filho³, abaixo:

*Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecuibilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, **destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pelo licitante (...). A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante.** (grifou-se).*

³ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações administrativas. 14. Ed São Paulo: Dialética, 2010.p. 653

Esse, inclusive, também é o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade. 2. **A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente.** Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. **Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação.** Nas palavras de Marçal Justen Filho, "como é vedado licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. (...) 4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no v. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar (LEÃO & LEÃO LTDA) e por parte do MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO de que a proposta apresentada por aquela era viável e exequível, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, a vencedora do certame "demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade". (...) 6. Recurso especial desprovido. (STJ. REsp 965839/SP. T1. Rel. (a). Min. (a) Denise Arruda. D.J.: 15/12/2009. D.P.: 02/02/2010). (Grifo nosso).

Com o devido respeito, a i. Comissão de Licitação não observou o disposto pela doutrina, pelo TCU e pela jurisprudência, eis que não se atentou as características específicas do objeto licitado, ao caso concreto e as condições particulares de cada licitante, utilizando-se de critério para avaliação de exequibilidade das propostas que manifestamente se mostra inadequado para o caso concreto.

Necessário destacar que, ainda que tenha sido oportunizado aos licitantes à demonstração da exequibilidade das propostas, vê-se que tratou-se de ato meramente formal, violando à sumula 262 do TCU, acima colacionada.

Não foram concretamente analisados e afastados, fundamentadamente, os argumentos trazidos por nenhuma das outras licitantes, conforme facilmente se constata da leitura da ata de julgamento, que simplesmente informou ter sido adotado o critério do §1º, a da Lei 8.666/1993, não deduzindo as razões pelas quais entendeu que as demais licitantes não comprovaram a exequibilidade de suas propostas.

Portanto, na realidade, não foi efetivamente oportunizado à demonstração da exequibilidade, uma vez que sequer foram consideradas, tratando-se, meramente de ato formal no intuito de afastar eventual alegação de nulidade.

Nesse ponto, necessário destacar que a ora petionária apresentou planilha de composição de custos, que considerou a base ativa atual da COSANPA, na qual foi devidamente prevista o número de horas técnicas de advogado, as despesas recorrentes, despesas referentes à abertura de filial no Pará, a margem de lucro e outros.

Demonstrou-se ainda a sua capacidade específica para cumprir o contrato objeto da presente ação e, portanto, a exequibilidade da proposta, eis que já presta serviços similares ao ora licitado à Companhia Energética de Minas Gerais, cujo valor contratado é similar à valor ofertado no presente certamente, o que é seguramente, uma demonstração objetiva e patente da exequibilidade da proposta comercial apresentada.

Há que se ressaltar que participaram da fase de apresentação de proposta de valores 09 (nove) escritórios de advocacia, sendo que 08 (oito) propostas foram consideradas inexequíveis, tendo sido declarada vencedora a licitante que apresentou à proposta de preços mais elevada.

Não é razoável que 08 (oito) escritórios que comprovadamente possuem competência para prestar os serviços objetos da presente licitação, eis que

devidamente habilitados, já consolidados no mercado, que demonstraram a prévia prestação de serviços compatíveis com o objeto licitado, não sabem elaborar propostas comerciais. Não se trata de conclusão razoável.

Por fim, escolher a proposta mais elevada como a vencedora do certame, dentro 09 (nove) propostas apresentadas, manifestamente viola o Princípio da proposta mais vantajosa à Administração Pública, expressamente prevista no artigo 3º da Lei 8.666/1993, violando, portanto, o próprio objetivo da licitação.

IV – DOS PEDIDOS

Pelo exposto no presente recurso, com vistas a garantir a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, o recorrente requer:

- a. o recebimento e processamento do presente recurso administrativo, com efeito suspensivo, nos termos do art. 109, I, *b* da Lei 8666/93;
- b. seja provido o presente recurso administrativo para anular a ata de julgamento final, tendo em vista vício no motivo, em razão de erro no cálculo do valor utilizado como parâmetro para exequibilidade das propostas;
- c. seja realizado novo julgamento das propostas comerciais, devendo ser devidamente analisado e considerado a natureza do objeto licitado e as características específicas de cada licitante, para fins de apuração da exequibilidade das propostas e, conseqüentemente, declarar a ora peticionária como vencedora do certame, eis que demonstrou cabalmente a exequibilidade de sua proposta, se mostrando como a mais vantajosa à Administração Pública;

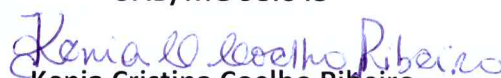
Termos em que pede deferimento.

Belo Horizonte, 20 de setembro de 2018.

André de Albuquerque Sgarbi
OAB/MG 98.611

Nina Sue Hangai Costa
OAB/MG 143.089

Daniel de Magalhães Pimenta
OAB/MG 98.643


Kenia Cristina Coelho Ribeiro
OAB – PA 16.880