

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE UBÁ/MG

ATT. PREGOEIRO DO SETOR DE LICITAÇÕES DA

PREFEITURA MUNICIPAL DE UBÁ/MG

“Os rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa”¹

RECUPERA SAÚDE LTDA.-ME, Pessoa Jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ nº. 40.582.919/0001-55, com sede na R. Belo Horizonte, 223, centro de Ubá/MG, CEP 36.500-020, através de seu representante legal abaixo assinado, Sr. **GILBERTO RODRIGUES BARBOSA**, brasileiro, casado, psicólogo, portador do RG MG-7.921.018, CPF n. 050.996.656-08, residente e domiciliado na R. Antônio Candian, 297, São Domingos, Ubá/MG, CEP 36.504-016, e, ainda, por seu procurador regularmente constituído, Andrei Colli Ortiz, OAB/MG 126.571, vem, respeitosamente, com fulcro no 4º, inciso XVIII, da Lei Federal n. 10.520/2002, interpor tempestivamente o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

Pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

1 – PRELIMINAR – DOCUMENTOS SIGILOSOS

É de suma importância esclarecer desde já **que o presente recurso encontra-se instruído e acompanhado de documentos que deverão ser protegidos dada a sua natureza, tratando-se de prontuários de atendimento de pacientes, merecendo o tratamento de documento sigiloso uma vez que contém dados pessoais de pacientes protegidos pela Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, Constituição Federal e legislação esparsa.**

A Lei 13.709/2018 (LGPD) dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, de pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade.

¹(REsp. n. 797.170/MT, rel^a Min^a Denise Arruda, j. 17-10-2006). (TJSC, Mandado de Segurança n. 2013.067801-6, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 11-06-2014b).

Tal legislação tem como um de seus fundamentos (incisos I e IV do art. 2º) o fomento ao respeito a privacidade e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

Prudente, portanto, a preservação do sigilo anotado nos documentos dos pacientes, os quais não integram nem mantêm qualquer relação com o presente certame, como forma de proteção do direito a privacidade e a intimidade, bem como do sigilo profissional correspondente a teor do disposto nos arts. 2º, I e IV, c/c o art. 5º, I, da LGPD, e o art. 79 do Código de Ética Médica/Resolução CFM 1.931/2009.

Requer, assim, seja decretado SEGREDO e SIGILO nos documentos com dados protegidos, especialmente aqueles que contém informações íntimas, como prontuários e fichas de atendimento, que se encontram em envelopes marcados como SIGILOSOS.

2 – DA TEMPESTIVIDADE

Na forma do art. 4º, inciso XVIII, da Lei Federal n. 10.520/2002, declarado o vencedor do certame, será concedido ao licitante o direito de recorrer, no prazo de três dias para apresentação das razões do recurso.

Ainda, a Lei n. 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, de aplicação subsidiária nesta esfera municipal, dispõe que os prazos processuais administrativos são contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento (art. 66, § 2º).

Assim, considerando que o resultado do certame, divulgado através da 'Ata de Julgamento Referente à Fase de Classificação', que houve por declarar a empresa ASSOCIAÇÃO UBAENSE DE SAÚDE MENTAL como vencedora do processo licitatório, foi publicada no Diário Oficial Eletrônico do Município de Ubá, em seu Ano X, Nº. 2.150, na data de 10/02/2023, temos que o início da contagem do prazo para fins do recurso se deu em 11/02/2023, sendo que o *dies ad quem* se dará somente em 13/02/2023, pelo que fica demonstrada a TEMPESTIVIDADE do presente recurso.

3 – DOS FATOS

Foi publicado o Edital acima mencionado, pela Prefeitura Municipal de Ubá/MG, representada neste ato pela pregoeira servidora Priscilla Alves Pinto (matrícula 5.104) para a realização do certame de CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS MÉDICOS, PARA REALIZAR JUNTO AO CAPS AD III (Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas, tipo III), a GESTÃO OPERACIONAL DOS SERVIÇOS, NECESSÁRIOS AO SEU FUNCIONAMENTO, DE ACORDO COM AS NORMATIVAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E DEMAIS EXIGÊNCIAS E ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES NO

EDITAL E SEUS ANEXOS, em data de 11/01/2023, com abertura dos envelopes às 14 horas.

Na sessão de abertura das propostas e de lances, ocorrida em 11/01/2023, a licitante RECUPERA SAÚDE MENTAL, ora recorrente, apresentou a melhor proposta, no valor global de R\$ 1.850.000,00 (um milhão, oitocentos e cinquenta mil reais) sendo que, na ocasião, a Pregoeira decidiu suspender a sessão, para que os documentos apresentados fossem analisados com o setor requisitante, para análise técnica dos documentos da fase de HABILITAÇÃO.

A Pregoeira e sua equipe concluíram que a documentação apresentada não cumpriu os requisitos expressos no instrumento convocatório quanto à qualificação técnica, tendo decidido pela INABILITAÇÃO da licitante, em razão dos seguintes motivos:

a) Os atestados de capacidade técnica fornecidos pelas Empresas Encantare Estofados LTDA., AIFOS Estofados LTDA., Escola Estadual "Dr. José Januário Carneiro" e pelo Grupo ASAS - AMIGOS SEMPRE AMIGOS não teriam cumprido as exigências do edital por não constar em seu corpo a expressão "prestação de serviços", mas tão somente "parceria de atendimentos em saúde mental", tratando-se de "distinção substancial de exigência imperiosa do edital";

b) Os atestados advindos da Clínica de Saúde Mental - Ser Integral e Centro Educacional São Judas Tadeu LTDA., onde consta explicitamente o termo "prestação de serviços" e não somente "parceria" da licitante não foram aceitos em razão de que as empresas emissoras dos referidos atestados têm em seu quadro societário, respectivamente, uma sócia da empresa licitante (Sra. Juliana Perillo Martins) e também a sua mãe (Sra. Angela Maria Perillo Martins), o que vai de encontro aos princípios basilares da administração pública.

Ato contínuo, foi realizada no dia 02/02/2023 sessão para abertura dos documentos da habilitação da licitante Associação Ubaense de Saúde Mental, para verificação dos documentos exigidos no edital.

Tal sessão foi SUSPENSA pela pregoeira, para posterior análise técnica da documentação.

Finalmente, conforme a Ata de Julgamento realizada no dia 09/02/2023, publicada no Diário Eletrônico Municipal de 10/02/2023, foi declarado que a documentação apresentada pela licitante Associação Ubaense de Saúde Mental atendeu aos requisitos do edital, sendo a mesma habilitada e declarada vencedora do certame, pelo valor global de R\$ 1.899.000,00 (um milhão, oitocentos e noventa e nove mil reais).

Na mesma ocasião, foi declarado como aberto o prazo de três dias para apresentação de recursos contra os atos julgados pela Pregoeira e sua equipe.

Ocorre que foi detectada falha gravíssima no ato da Comissão Permanente de Licitação, que houve não só por cercear o direito de participação da recorrente mas, principalmente, lesar os princípios básicos que regem o procedimento administrativo da licitação, principalmente o da competitividade, prejudicando certamente a ideia de disputa isonômica que permeia o procedimento licitatório, ao fim do qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da administração.

Conforme será abordado nos tópicos adiante, a Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Ubá, em flagrante desrespeito à legislação em vigor, deixou de realizar a promoção de diligência junto à licitante/recorrente, com a finalidade de esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, tendo optado pela sua inabilitação.

O recurso abordará não só o desrespeito à característica de instrumentalidade da licitação e o formalismo exacerbado do ato em questão. Para além disso, demonstrará que os atestados de capacidade técnica só foram considerados inadequados em razão de uma análise precipitada desta Comissão.

4 – DO DIREITO

4.1 – DA PROMOÇÃO DE DILIGÊNCIA

Uma das mais relevantes características das licitações públicas é a instrumentalidade. A licitação pública possui natureza instrumental, não é um fim em si mesmo. Isso quer dizer que a licitação pública não pode ser encarada como uma gincana de apresentação de documentos, em que formalidades sobrepõem-se ao conteúdo do que está sendo pedido.

Assim, todas as exigências impostas aos licitantes em procedimentos licitatórios (apresentação de documentos, preenchimento de requisitos) devem estar inexoravelmente relacionadas com a busca da proposta mais vantajosa. O procedimento, a forma, devem estar a serviço dessa função. Bem por isso, considera-se que a inabilitação de licitante ou a desclassificação da sua proposta por razões que fujam a essa regra são ofensivas ao princípio da vedação ao formalismo exacerbado.

Compreender a licitação pública como um instrumento para que a Administração Pública obtenha, dentre os candidatos habilitados a executar determinado objeto, a proposta mais vantajosa, é essencial para entender adequadamente a aplicabilidade dos instrumentos jurídicos a disposição do gestor público no caso concreto. Dentre esses instrumentos, figura a realização de diligências.

A promoção de diligências está prevista no § 3º do artigo 43 da Lei Federal nº 8.666/93, a Lei Geral de Licitações Públicas e Contratos Administrativos:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]

3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Sendo assim, as diligências servem para a Comissão de Licitação – ou o Pregoeiro, uma vez que são aplicáveis em todas as modalidades licitatórias, inclusive naquelas não regidas preponderantemente pela Lei Federal nº 8.666/93, tais como o Pregão – esclarecer e complementar a documentação apresentada pelas licitantes, seja em que etapa da licitação se estiver (habilitação ou proposta).

Por vezes, documentos apresentados pelos licitantes podem trazer informações não suficientemente claras, pairando dúvidas sobre o preenchimento, ou não, por sua parte, dos requisitos exigidos pelo edital. Nessa situação, cabe a realização de diligência para esclarecer a situação. Outras vezes, o documento exigido pelo edital e trazido pela licitante apresenta alguma falha, ou aparenta comprovar apenas parcialmente o preenchimento de determinado requisito, cabendo, nesse caso, igualmente, a promoção de diligência para complementar a instrução documental.

Nessas situações, considerando a instrumentalidade da licitação e a vedação ao formalismo exacerbado, em vez de inabilitar ou desclassificar a licitante, deve-se realizar diligência para esclarecer a dúvida, complementar a documentação, ou suprir a falha. Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público. (TCU. Acórdão 2.239/2018 – Plenário. Relator: Min. Ana Arraes. Data da sessão: 26/09/2018). (grifei)

Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993). (TCU. Acórdão 3.340/2015 – Plenário. Relator: Min. Bruno Dantas. Data da sessão: 09/12/2015). (grifei)

Registre-se que, ao contrário do que pode parecer, a realização da diligência sempre se dá por interesse da Administração Pública, e não necessariamente da licitante. Isso pois interessa à Administração certificar-se do cumprimento material,

não apenas formal, dos requisitos exigidos pelo edital das licitantes, promovendo, assim, maior competitividade qualificada.

Por fim, destacamos que o presente edital também adotou tal previsão em seu texto, no item 15.4, senão vejamos:

15.4 O Pregoeiro, no estrito interesse da Administração Municipal de Ubá, poderá adotar medidas saneadoras durante a realização do certame e, em especial na Sessão do Pregão, e relevar omissões puramente formais observadas na documentação e proposta, desde que não contrariem a legislação vigente e não comprometam a lisura da licitação, sendo possível a promoção de diligências junto aos licitantes, destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, conforme disposto no §3º do art. 43 da Lei Federal 8.666/93;

4.2 – DILIGÊNCIA COMO PODER-DEVER E NÃO ATO FACULTATIVO

A leitura do §3º do artigo 43 da lei das licitações *pode passar a impressão de que a realização da diligência configura mera faculdade da autoridade administrativa*, que possuiria discricionariedade em decidir por realizá-la, ou não, conforme o seu juízo de conveniência e oportunidade.

ESSA NÃO É A CORRETA COMPREENSÃO SOBRE O TEMA.

*Segundo Marçal Justen Filho, a realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercida segundo juízo de conveniência e oportunidade. **A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora.** Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência, será obrigatória a sua realização.*

O entendimento do Tribunal de Contas da União é no mesmo sentido, afirmando não caber a inabilitação de licitante quando as informações faltantes puderem ser sanadas por diligência:

Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes. (TCU. Acórdão 2.873/2014 – Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman. Data da sessão: 29/10/2014). (GRIFEI)

Assim, nos casos em que o dever de realização da diligência não for exercido em prejuízo à licitante, essa pode interpor os recursos administrativos cabíveis ou, se necessário, levar o assunto ao judiciário.

Conclui-se que a realização de diligências constitui instrumento prático a serviço da compreensão do caráter instrumental e da aplicação do princípio da vedação ao formalismo exacerbado nas licitações públicas.

4.3 – DA APRESENTAÇÃO DE NOVOS DOCUMENTOS

Nesse íterim, relevante destacar que o Tribunal de Contas da União, em sede de representação, julga que a admissão de juntada de documentos que “venham a atestar condição preexistente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim)”.

O tribunal de contas decidiu que **“o pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro”**. (Grifamos) (TCU, Acórdão nº 1.211/2021, do Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 26.05.2021)

Em outras palavras, o TCU estabeleceu a possibilidade de o licitante submeter novos documentos para suprir erro, falha ou insuficiência, a fim de viabilizar a seleção da proposta mais vantajosa, promovendo assim a competitividade e o formalismo moderado.

Para a corte, o artigo 2º, §2º, do Decreto 10.024/2019² fomenta a ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse público, a isonomia, a finalidade e a segurança da contratação, de modo que a restrição imposta pelo artigo 26, §9º, não seria aplicável a documentos que não constam do processo, porquanto trata de ato praticado, não de ato inexistente, como é o caso de documento não apresentado.

2 O artigo 2º, §2º, do Decreto 10.024/2019 determina que: "Artigo 2º - O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos. (...) § 2º As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação".

Citando o artigo 64 da nova Lei de Contratações Públicas (nº 14.133/2021)³, o TCU, por unanimidade, concluiu "(...) *não haver vedação ao envio de documento que não altere ou modifique aquele anteriormente encaminhado*", **mencionando, de modo explícito, que o novo entendimento deve ser aplicado, inclusive, em relação à apresentação de novos atestados de capacidade técnica**: "*Por exemplo, se não foram apresentados atestados suficientes para demonstrar a habilitação técnica no certame, talvez em razão de conclusão equivocada do licitante de que os documentos encaminhados já seriam suficientes, poderia ser juntado, após essa verificação no julgamento da proposta, novos atestados de forma a complementar aqueles já enviados, desde que já existentes à época da entrega dos documentos de habilitação*".

Tal inovação jurisprudencial tem a salutar intenção de ressaltar o caráter instrumental da licitação e de prestigiar a verdade material e a competitividade, existindo motivos suficientes para que possa ser aplicada no case em tela.

Em síntese, conclui-se que:

==> A Comissão Permanente de Licitação tinha o dever de determinar a promoção de diligência a fim de sanar quaisquer dúvidas acerca da documentação atinente à comprovação de capacidade técnica da empresa licitante/recorrente;

==> Afigura-se como formalismo exacerbado e portanto prejudicial ao caráter da competitividade inerente ao certame o entendimento segundo o qual alguns dos atestados de capacidade técnica apresentados não cumprem as exigências do edital por não constar em seu corpo a expressão de “prestação de serviços” mas tão somente “parceria de atendimentos em saúde mental”, tratando-se de “distinção substancial de exigência imperiosa do edital”;

==> O presente recurso também visa suprir a não realização de diligência pelo órgão público, eis que instruído de documentação complementar àquela já existente à época da entrega dos documentos de licitação.

3 Nos termos do artigo 64 da Lei nº 14.133/2021: "artigo 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para: I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame; II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas. § 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação. § 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento."

5 – DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

Temos aqui o dever de repisar o entendimento de que as exigências de qualificação técnica exigidas para além de dever guardar relação com o objeto do certame **NÃO PODEM SER DESARRAZOADAS A PONTO DE COMPROMETEREM O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO/PREGÃO, DEVENDO, TÃO SOMENTE, CONSTITUIR GARANTIA MÍNIMA SUFICIENTE DE QUE O LICITANTE DETENHA CAPACIDADE DE CUMPRIR AS OBRIGAÇÕES QUE ASSUMIRÁ EM CASO DE CONTRATAÇÃO.**

Afinal, ***“Os rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa*** (REsp. n. 797.170/MT, rel^a Min^a Denise Arruda, j. 17-10-2006). (TJSC, Mandado de Segurança n. 2013.067801-6, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 11-06-2014b – grifou-se).”

Nesse sentido, a melhor jurisprudência:

DENÚNCIA. CONSÓRCIO PÚBLICO MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE GESTÃO, OPERAÇÃO, MODERNIZAÇÃO, OTIMIZAÇÃO, EXPANSÃO E MANUTENÇÃO DA INFRAESTRUTURA DA REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. IRREGULARIDADES. REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DAS CERTIDÕES DE REGULARIDADE FISCAL. VEDAÇÃO AO SOMATÓRIO DE ATESTADOS. EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE PROPOSTA. ERRO MATERIAL NA REDAÇÃO DO EDITAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO.

1. Tratando-se o objeto licitado da contratação de serviços de gestão, operação, modernização, otimização, expansão e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública, não há impropriedade na exigência de comprovação de registro profissional de licitante no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA.

2. As exigências de qualificação técnica devem guardar relação com o objeto e suas características constantes no edital e não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometerem o caráter competitivo do certame, devendo, tão somente, constituir garantia mínima suficiente de que o licitante detenha capacidade de cumprir as obrigações que assumirá, caso seja contratado.

3. Cabe ao órgão licitante especificar, de maneira fundamentada, as parcelas de maior relevância e de valor significativo do objeto da licitação e, assim, obter,

para qualificação técnica, efetivo meio de comprovação da experiência anterior do proponente, visando à satisfatória e regular execução do objeto contratual.

4. Na cláusula pertinente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, além da previsão do plano de recuperação judicial homologado, deve constar a exigência de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente certificando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.

5. Depreende-se do inciso III do art. 29 da Lei n. 8.666, de 1993, que a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em “prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”.

6. Cabe à licitante avaliar, segundo as especificidades do objeto licitado, a forma que melhor permita apurar a capacidade do proponente de executar o objeto a ser contratado, se por meio de atestado único ou se pelo somatório de atestados, devendo a opção administrativa ser acompanhada da devida justificativa técnica.

7. A garantia de proposta, também denominada garantia de participação, corresponde à garantia, eventualmente fixada nos editais de licitação pública, exigida dos interessados como condição para participação no certame. Seu objetivo é assegurar a consistência da proposta econômica oferecida pelo licitante, buscando-se, com isso, inibir a participação daqueles que não apresentem condições de dar atendimento às obrigações estipuladas pela Administração Pública.

8. O erro de numeração das cláusulas do edital apontado pela denunciante não maculou a lisura da licitação, tampouco inviabilizou a disputa, porquanto a entidade licitante agiu com zelo e pontualidade na elucidação do questionamento formulado.

(Processo 1104850– Denúncia. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Tribunal Pleno. Deliberado em 14/12/2021. Disponibilizado no DOC de 18/1/2022) (grifei)

Passa agora a recorrente a demonstrar que a simples expressão ‘parceria’ ao invés de ‘prestação de serviços’ não pode ser entendida como “*distinção substancial de exigência imperiosa do edital*” a ponto de causar a inabilitação da licitante, o que configura formalismo exagerado e injustificado.

Quando se fala em parceria, entende-se que há uma cooperação entre as partes para desenvolver ou otimizar determinada atividade oferecida, havendo uma convergência de interesses comuns, não havendo que se falar em subordinação, mas sim em um consenso entre ambas as partes para o melhor desenvolvimento do serviço efetivamente prestado.

Já a prestação de serviços, como sugere o próprio nome, nada mais é do que o acordo de uma realização de determinado serviço, onde o contratante possuirá o interesse na atividade por si só, e o prestador o interesse de executá-la.

Como se vê, em qualquer dos casos - seja contrato de parceria ou de prestação de serviços -havendo ou não remuneração e/ou subordinação-, o "serviço", seja ele material ou imaterial, é sempre prestado, não havendo que se falar em "*distinção substancial de exigência imperiosa do edital*" capaz de afastar a comprovação mínima da capacidade da recorrente de cumprir as obrigações que assumirá, caso contratada.

De mais a mais, a expressão "parceria" também se faz presente em diversos cenários do Direito Público e Administrativo, podendo aqui serem citadas as PPP's (Parcerias Público Privadas) e Termo de Parceria (acordo firmado entre a Administração Pública e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) a título de exemplo.

5.1 – DO ATESTADO DO GRUPO ASAS

Comprova-se pela juntada de provas documentais que a empresa recorrente efetivamente prestou serviços para o Grupo ASAS, serviços estes todos relacionados com o objeto do Edital, tendo sido realizados atendimentos em grupos para psicoterapia, atividades de suporte social, acolhimento, oficinas terapêuticas e atendimento individual ou em grupo, sempre com foco na atenção e necessidades de pessoas relacionadas ao consumo de álcool e drogas.

Além disso, faz-se imperioso esclarecer que o atestado de capacidade técnica fornecido pelo GRUPO ASAS é válido, não havendo que se falar em irregularidades ou fraude, uma vez que a atual diretoria, subscritora do atestado, existe e foi constituída de fato, entretanto devido à insuficiência de recursos financeiros a ata de eleição e posse não pode ser ainda levada à registro público.

No mesmo sentido, apresentamos nesta oportunidade o mesmo atestado de capacidade técnica, assinado pela atual diretoria (ainda sem registro da ata de eleição e posse em cartório) e também pela diretoria anterior (esta com registro público da ata de eleição e posse efetuado em cartório), afastando qualquer hipótese de alegação de fraude ou irregularidade.

5.2 – DO ATESTADO DA EMPRESA AIFOS ESTOFADOS LTDA.

Comprova-se pela juntada de provas documentais que a empresa recorrente efetivamente prestou serviços para a Pessoa Jurídica de Direito Privado Aifos Estofados Ltda., tendo sido realizados atendimentos individuais de cunho psicoterápico de funcionários mediante contrato de prestação de serviços, onde os pacientes recebiam

desconto no valor do atendimento e a empresa realizava os respectivos descontos em folha de pagamento.

São ainda apresentadas os relatórios contendo os nomes dos funcionários atendidos e os relatórios mensais enviados à empresa, no intuito de demonstrar a efetiva prestação do serviço.

5.3 – DO ATESTADO DA ESCOLA ESTADUAL “DR. JANUÁRIO CARNEIRO”

Comprova-se pela juntada de provas documentais que a empresa recorrente efetivamente prestou serviços para a escola estadual “Dr. Januário Carneiro”, serviços estes todos relacionados com o objeto do Edital e sempre a título gratuito (não oneroso).

Foram realizadas palestras e acolhimentos de alunos (usuários de entorpecentes, filhos de usuários ou mesmo filhos de traficantes), dinâmicas sobre álcool e drogas e treinamento motivacional para os professores da rede de ensino público.

5.4 – DO ATESTADO DA EMPRESA CLÍNICA DE SAÚDE MENTAL - SER INTEGRAL

Em que pese a empresa emissora do atestado de capacidade técnica ter em seu quadro societário uma sócia em comum com a empresa licitante, Sra. Juliana Perillo Martins, comprova-se, neste ato que durante o período em que os serviços foram prestados, ou seja, de dezembro de 2021 a outubro de 2022, a Sra. Juliana **não integrava o quadro societário da licitante/recorrente.**

Ora, a documentação anexa comprova que a alteração contratual com a inclusão da Sra. Juliana Perillo Martins no quadro societário da licitante/recorrente se deu somente em data de 23 de novembro de 2022, ocasião em que foi averbada perante a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – JUCEMG.

Assim, não pode ser tida como verdade a afirmação de que trata-se de autodeclaração dada a existência de sócio em comum entre a empresa declarante e a empresa licitante. Ademais, é comum que empresários que atuem em ramos semelhantes realizem parcerias, visando obter mútuo proveito econômico e também na melhora e ampliação dos serviços prestados.

Nessa seara, de se destacar que o entendimento jurisprudencial traduz-se no fato de que "duas empresas possuírem sócio em comum não constituiria vício ou irregularidade, senão quando de convites, contratações por dispensa de licitação, existência de relação entre licitante e responsável pela elaboração do projeto executivo, e contratação de uma das empresas para a fiscalização do serviço de outra", tudo conforme jurisprudência do TCU.

A rigor, não há impedimento jurídico expresso à aceitação de atestado emitido por empresa distinta mas que possua sócio em comum. Isso porque tais pessoas jurídicas não se confundem, tendo, em verdade, personalidade jurídica própria e distinta. Em outros termos, não há vedação para tal seja no corpo do presente Edital, seja na Lei das Licitações ou mesmo na Lei dos Pregões.

De acordo com tais premissas, é possível concluir que o impedimento de aceitação de atestado de capacidade técnica subscrito por empresa que possua sócio em comum com a licitante é de ordem relativa, jamais absoluta, de modo que a infração dos princípios da moralidade e da isonomia só ficará efetivamente configurada quando as circunstâncias do caso concreto evidenciarem o cometimento de fraude, afinal, partindo das mesmas premissas teóricas, o próprio TCU tem julgados no sentido de que a existência de licitantes com sócio em comum por si só não configura fraude à licitação.

Hão de existir outros elementos ou indícios de conluio tendentes a frustrar a isonomia e a competitividade, o que não se verifica no caso em debate.

Por fim, o atestado deve ser aceito posto que, como visto anteriormente, a conclusão a qual chegou esta Comissão Permanente de Licitação foi precipitada, uma vez que durante o período da prestação de serviços constante no atestado, a Sra. Juliana sequer era sócio da empresa recorrente/licitante.

5.5 – DO ATESTADO DA EMPRESA CENTRO EDUCACIONAL SÃO JUDAS TADEU

Pelos mesmo motivos do tópico acima, o atestado de capacidade técnica fornecido pela Empresa Centro Educacional São Judas Tadeu Ltda. deverá ser aceito.

Tal atestado foi emitido e assinado pela Sra. Angela Maria Perillo Martins, que por sua vez é a mãe da Sra. Juliana Perillo Martins.

O atestado fornecido por esta empresa informa que a prestação de serviços teve início em março de 2021, ocorrendo até o presente momento.

Considerando que a Sra. Juliana só veio a integrar o quadro societário da licitante/recorrente em novembro de 2022, há que se considerar válido o atestado, no mínimo, até o mês de outubro de 2022.

De mais a mais, não foram apurados ou mesmo mencionados sequer indícios de fraude a justificar a invalidade de tal atestado, o que deverá ser comprovado de forma clara e concisa pela Administração Pública para que se configure fraude à licitação.

5.6 – DEMAIS DOCUMENTOS

Na oportunidade a Recorrente apresenta também documentação indicando os nomes que irão compor seu futuro *staff* em caso de contratação, demonstrando a aptidão técnica de cada um, através de diplomas e outros documentos similares.

Tais documentos sequer são exigidos pelo Edital ANTES da efetivação da contratação, e são apresentados somente com a intenção de afastar qualquer hipótese ou sugestão de que a licitante não possua capacidade mínima para a execução do objeto do Edital.

Ademais, a recorrente apresenta desde já a indicação com os nomes e currículos dos profissionais que irão ser utilizados na prestação dos serviços, em conformidade com a tabela descrita no Anexo I - Termo de Referência constante do Edital, esclarecendo ainda que substituiu a profissional de enfermagem, com nível superior, para exercer a função de Referência Técnica (RT) do CAPS ADIII, com formação em Saúde Mental.

Vale por fim dizer que nos termos do item 9.2.9 do Edital que tais profissionais PODERÃO SER CONTRATADOS QUANDO EFETIVADA A CONTRATAÇÃO DA VENCEDORA DO CERTAME, caso não façam parte do quadro permanente da empresa, cabendo à vencedora comprovar a disponibilidade dos profissionais seu vínculo empregatício mediante apresentação seja através da cópia da ficha de Registro de Empregados ou Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), seja através de vínculo societário com cópia do ato constitutivo em vigor, devidamente registrado, seja ainda através da apresentação de cópia de contrato de prestação de serviço firmado entre a licitante e o profissional técnico contratado.

Ad Postremum, destacamos que o prazo para a comprovação acima, nos termos do Edital, é de CINCO DIAS ÚTEIS CONTADOS da convocação emitida por escrito pela contratante, e, em razão do exposto, não há que se falar em intempestividade ou mesmo ilegalidade na apresentação de tais documentos nesta fase do processo licitatório.

6 - DOS REQUERIMENTOS

Diante de todo o exposto, requer a Vossa Senhoria:

- 1 – Seja recebido e admitido o presente recurso, eis que próprio e tempestivo;
- 2 – Seja o presente recurso recebido no efeito suspensivo, conforme estabelece a legislação das licitações, ficando impedido o prosseguimento de todos os demais atos do certame até ulterior deliberação deste recurso administrativo;

3 – Que, no mérito, seja o recurso julgado procedente *in totum*, mediante todos os fatos e argumentos de Direito acima expostos, sendo revertida a decisão que houve por julgar a recorrente inabilitada para o presente certame, devendo a licitante **RECUPERA SAÚDE LTDA.-ME** ser declarada vencedora e adjudicado em seu favor o objeto do edital.

Termos em que, roga-se por deferimento.

Ubá/MG, 12 de fevereiro de 2023.

GILBERTO RODRIGUES BARBOSA

ANDREI COLLI ORTIZ – OAB/MG 126.571