

01055.0000/2013.0001

Deloitte



Deloitte Touche Tohmatsu
Consultoria Ltda
Rua José Guerra, 626 - Miras
Chácara Santo Antônio
04719-030 - São Paulo - SP
Brasil

Tel: + 55 (11) 5100-0794
Fax: + 55 (11) 5181-6307
www.deloitte.com.br
brasilpublico@deloitte.com

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – SAC-PR.

Ref.: Concorrência nº 01/2012 – Consultoria para a realização de diagnósticos e análise prospectiva para a formação e capacitação de mão-de-obra para o setor aéreo civil, o acompanhamento da implementação de medidas de aplicação imediata, decorrentes de ações oportunas, que gerem resultados positivos e de impacto para o setor aéreo civil (ganhos rápidos) e a proposição de subsídios para a formulação, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, de um programa nacional permanente de formação e capacitação de recursos humanos para a aviação civil brasileira.

CONSÓRCIO SAC-PR, formado pelas empresas Deloitte Brasil, Deloitte Espanha e Fundação Atech, sob a liderança da primeira e com sede na Rua José Guerra, 626, térreo, Chácara Santo Antônio, na Capital do Estado de São Paulo, neste ato representado por sua Procuradora que está subscreve, vem, respeitosa e tempestivamente à presença de V. Sas., com fulcro no artigo 109 da Lei nº 8.666/93, bem como no item 22 do Edital, apresentar o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão dessa r. Comissão Especial de Licitação que entendeu por bem inabilitar o Consórcio SAC-PR, doravante denominado apenas Recorrente, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos, requerendo a essa r. Comissão seja o presente Recurso recebido e processado regularmente, e em caso de não provimento, seja o mesmo convertido em Recurso Hierárquico.

Termos em que,
pede deferimento,
São Paulo, 08 de janeiro de 2013.


CONSÓRCIO SAC-PR

Alessandra Bigotte Donato - Procuradora

Field Code Changed



AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – SAC-PR,

DAS RAZÕES QUE ENSEJAM O PRESENTE RECURSO ADMINISTRATIVO

1 – DA TEMPESTIVIDADE

O Recorrente foi notificado da decisão dessa Comissão Especial de Licitação acerca da análise da documentação da Fase de Habilitação referente à Concorrência nº 01/2012, o que ocorreu através da publicação do julgamento no Diário Oficial da União do dia 04 de janeiro de 2013.

Nestes termos, segundo disciplina o artigo 109, da Lei nº 8.666/93, o prazo para a interposição do presente Recurso Administrativo faz-se tempestivo, tendo como termo inicial o dia útil seguinte ao da ciência, dia 07 de janeiro de 2013, e termo final, o dia 11 de janeiro de 2013.

2 – DOS FATOS

A Secretaria da Aviação Civil da Presidência da República – SAC-PR publicou o Edital da Concorrência nº 01/2012, para contratação de "consultoria para a realização de diagnósticos e análise prospectiva para a formação e capacitação de mão-de-obra para o setor aéreo civil, o acompanhamento da implementação de medidas de aplicação imediata, decorrentes de ações oportunas, que gerem resultados positivos e de impacto para o setor aéreo civil (ganhos rápidos) e a proposição de subsídios para a formulação, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, de um programa nacional permanente de formação e capacitação de recursos humanos para a aviação civil brasileira".

O Recorrente, na qualidade de consórcio de empresas especializadas na prestação dos serviços objeto do presente processo licitatório, apresentou absolutamente todos os documentos solicitados, em estrito cumprimento das exigências editalícias, o que, como será demonstrado oportunamente, não ocorreu com sua concorrente Ernst & Young Terco Assessoria Empresarial Ltda..

Entretanto, a despeito da realidade da documentação apresentada pelo Recorrente, essa r. Comissão Especial de Licitação entendeu por bem inabilitar o Consórcio SAC-PR em razão do suposto descumprimento do subitem 5.2.1.4 do Edital.

Inconformado com a decisão, o Recorrente passará a expor a seguir os motivos de fato e de direito que conduzem à necessária revisão da decisão dessa r. Comissão Especial de Licitação acerca da inabilitação do Consórcio SAC-PR e da manutenção da decisão de inabilitação da empresa Ernst & Young Terco Assessoria Empresarial Ltda., que deixou flagrantemente de cumprir requisitos editalícios.

3 – DA NECESSIDADE DE REVISÃO NA ANÁLISE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PELO CONSÓRCIO SAC-PR

Com o devido respeito, à Assessoria Jurídica da Secretaria de Aviação Civil, que elaborou o parecer nº 275/2012/ASJUR/SAC-PR/AGU, sustentáculo da decisão de inabilitação do Recorrente, bem como a essa r. Comissão Especial de Licitação, a seguir serão demonstrados os motivos de fato e de direito que comprovam que o Consórcio SAC-PR cumpriu com excelência, para seus componentes de forma singular, todos os requisitos de habilitação, nos estritos termos do que determina o Edital da Concorrência nº 01/2012, não merecendo, portanto, prosperar a decisão de inabilitação do Recorrente.

Pois bem, como premissa inicial de participação, o subitem 3.1, do item 3 – Condições Gerais de Participação – do Edital, disciplina de forma inquestionável que *“poderão participar desta licitação empresas constituídas sob as leis brasileiras ou empresas estrangeiras com representação no Brasil, que explorem ramo de atividade compatível com o objeto licitado”*. (grifos nossos)

Vale colacionar que Pontes de Miranda conceitua representação como *“o ato de manifestar vontade, ou de manifestar ou comunicar conhecimento, ou sentimento, ou de receber a manifestação, ou comunicação, por outrem (representado), que passa a ser o figurante e em cuja esfera jurídica entram os*

efeitos do ato jurídico, que se produz” (Tratado de Direito Privado, Editora Revista dos Tribunais, Tomo III, 4ª edição, São Paulo/SP, 1983).

Tendo em vista, portanto, o interesse das empresas componentes do Consórcio SAC-PR, na qualidade de empresas especializadas na prestação de serviços semelhantes ao objeto do Edital, de se associarem para participar da Concorrência nº 01/2012 e *in* a possibilidade expressamente concedida pelo Edital de participação de empresas estrangeiras com representação no Brasil, a empresa Deloitte Advisory SL, sediada na Espanha, constituiu como sua representante legal a empresa Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., empresa brasileira, outorgando a esta poderes específicos para atuar no processo em questão, cumprindo, assim, com a exigência do subitem 3.1 do Edital.

Entretanto, a despeito de ter sido cumprida a formalidade do subitem supramencionado, legitimando, assim, a participação da empresa Deloitte Advisory SL. como integrante do Consórcio SAC-PR, essa r. Comissão Especial de Licitação entendeu por bem inabilitar o Recorrente, por entender, de forma equivocada, que a Deloitte Espanha não apresentou o decreto de autorização para funcionamento no país, o que, como se verá a seguir, não lhe é aplicável.

Antes mesmo de adentrar o mérito da decisão dessa r. Comissão Especial de Licitação e para que se torne mais evidente a legalidade/validade da participação da Deloitte Espanha no presente certame, é imprescindível que se proceda a uma análise detida acerca da possibilidade de atuação das empresas estrangeiras no Brasil, tecendo breves comentários sobre as peculiaridades envolvidas nas diferentes formas de contratação e nas exigências formais para tanto.

Pois bem, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, traz o rol de princípios que devem nortear todos os procedimentos licitatórios, dentre eles, o princípio da igualdade. É exatamente com base neste princípio que a Administração Pública tem privilegiado cada vez mais a possibilidade de participação de empresas estrangeiras em processos licitatórios brasileiros, como uma forma de agregar a estes processos a expertise internacional.

Assim, como forma de viabilizar o ingresso de empresas estrangeiras no mercado brasileiro, a lei, a jurisprudência e a própria Administração Pública trataram de estabelecer as regras para tornar válida essa participação, destacando, conforme o caso, a formalidade a ser adotada. Explicamos:

É cediço que existe uma grande diferença entre a empresa estrangeira que pretende ingressar no mercado brasileiro de forma cotidiana e aquela que tem como objetivo a participação estanque, eventual ou precária em projetos determinados quanto ao objeto e quanto ao seu período de duração.

Claro é que, no primeiro caso, se a empresa estrangeira tem o objetivo de funcionar no país para atuar de forma contínua no mercado brasileiro, deve atender a uma série de exigências/formalidades legais, que, em suma, a equiparam a uma empresa brasileira.

Dentro dessas formalidades, está presente o decreto de autorização de funcionamento no país. Através do decreto de funcionamento, que nada mais é do que uma autorização do Governo Federal para o estabelecimento no território nacional, a empresa estrangeira ganha personalidade jurídica de forma que passa a estar habilitada a funcionar no país com atuação ampla nos mais diversos eixos econômicos.

Como visto, o desiderato do decreto de autorização de funcionamento, como o próprio nome denuncia, é o de permitir que a empresa funcione no país. Não é demais destacar que o funcionamento de uma empresa envolve, na prática, a conjugação de alguns elementos, quais sejam, a existência de uma sede, com a devida infraestrutura do negócio; a contratação de funcionários; o cumprimento das regras tributárias e trabalhistas do país, etc., ou seja, funcionar no país, significa aqui se estabelecer para a prática de atos próprios do cotidiano dos negócios (fornecimento de produtos ou prestação de serviços), com requintes de continuidade.

Para essas empresas, portanto, é inquestionável a aplicação dos termos do artigo 1.134 do Código Civil: *"a sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira"*, bem como da necessidade de apresentação do decreto de autorização de funcionamento no país [artigo 28, V da Lei nº 8.666/93], caso a empresa decida participar de procedimentos licitatórios, já que o decreto de autorização é o documento que legitima sua existência perene dentro do país e está agregado à comprovação de sua capacidade jurídica de atuação.

Bastante diferente, entretanto, é o caso das empresas estrangeiras, assim como a Deloitte Espanha, que longe de pretenderem atuar continuamente no mercado brasileiro, buscam a participação em projetos determinados, para os quais haja a possibilidade de execução por empresas estrangeiras.

Nestes casos específicos, é latente a incompatibilidade da exigência de obtenção do decreto de autorização de funcionamento no país, já que, como demonstrado acima, o decreto se aplica apenas e tão somente aos casos em que a empresa pretenda efetivamente funcionar no Brasil, o que de maneira nenhuma se enquadra entre as necessidades e objetivos da empresa Deloitte Espanha.

Assim, para legitimar a participação de empresas estrangeiras que não pretendem pleitear o funcionamento no país em um procedimento licitatório específico, faz-se necessário que a empresa seja representada no território brasileiro, através de ato público de procuração, devidamente reconhecido no país de origem e legalizado no Brasil, conforme consta exatamente do subitem 3.1 do Edital.

Em outras palavras e de acordo com a própria redação do Edital da Concorrência nº 01/2012, para fins de cumprimento de exigências editalícias, a representação está para as empresas estrangeiras que buscam atuar em um projeto determinado sem pleitear o funcionamento no país, assim como o decreto de autorização está para as empresas que efetivamente funcionam no país, de forma contínua e que para tanto só o podem fazer em razão da existência desse decreto.

Corroborando este entendimento, Marçal Justen Filho resume a situação ao dispor que:

"Segundo entendimento pacífico, não constitui 'funcionamento' no Brasil a atividade eventual, precária e isolada. Uma empresa estrangeira, mesmo sem autorização governamental, pode praticar atos isolados. O 'funcionamento' no Brasil se configura quando exista continuidade e permanência na atividade desenvolvida".
(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 460-461)

Como visto, a exigência de que a empresa estrangeira, para participar de um determinado procedimento licitatório, tenha que necessariamente funcionar no país, como se brasileira o fosse e por consequência possuir o decreto de funcionamento não está respaldada na lei de licitações, sendo, portanto, uma forma indireta de impedir sua participação no certame, por exigir a apresentação de um documento que a ela não é aplicável, tampouco imposto pela lei, o que certamente não se coaduna com o princípio basilar da igualdade, assegurado pelo artigo 3º da Lei nº 8666/93.

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em julgamento emblemático, confirmou o entendimento de que fere o princípio da igualdade expresso no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 a exigência de que as empresas estrangeiras para participarem de licitações devam necessariamente funcionar no país. (DOC. 01 – Inteiro Teor do Acórdão):

"Outra questão em debate consiste na vedação às empresas estrangeiras que não funcionem no país para participar do certame. O art. 3º, § 1º, inciso II, da Lei nº 8.666/93¹, proíbe aos agentes públicos estabelecerem tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras. (TJ-DFT - 4ª Turma Cível, Apelação Cível 20050110643053APC; DISTRITO FEDERAL E OUTROS MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL, E TERRITÓRIOS; Desembargador ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS; Desembargador ANTONINHO LOPES)

Trazendo essa discussão para a Concorrência nº 01/2012 e adentrando no mérito da decisão de inabilitação do Consórcio SAC-PR, verificamos que a interpretação dada pela Assessoria Jurídica da SAC e respaldada pelo julgamento dessa r. Comissão Especial de Licitação não guarda razoabilidade com a realidade jurídica da empresa Deloitte Advisory SL, como parte integrante do Consórcio SAC-PR, devendo ser revista para evitar a ocorrência de prejuízos irremediáveis para o certame, bem como para o Recorrente.

Isto porque, como bem salientado pela Assessoria Jurídica da SAC-PR em seu parecer, "o comércio é uma associação temporária de empresas para determinadas fins", logo, a participação das empresas neste regime de contratação está apenas adstrita ao cumprimento do contrato para o qual elas se associaram, contrato este que possui limites temporais claramente identificados (data de início e término preestabelecidas).

Essa ponderação feita pela Assessoria Jurídica da SAC-PR já no início de seu parecer já denota o reconhecimento do caráter precário e particular da atuação da Deloitte Espanha, através do Consórcio SAC-PR, em um projeto de consultoria, cujo objeto certamente não exige que a mesma esteja

¹ Art. 3º (L.)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 21 de outubro de 1991.

obrigatoriamente em funcionamento no país, já que é representada diretamente por uma empresa brasileira.

Nesta toada, seria descabido exigir que a empresa Deloitte Espanha, interessada em participar do certame em conjunto com a Deloitte Brasil e a Fundação Atech, necessitasse estabelecer-se no Brasil, solicitando, assim, o decreto de autorização de funcionamento no país, exclusivamente para participar da Concorrência nº 01/2012, quando a lei dela exige apenas que possua representação legal no Brasil.

Ora, como salientado oportunamente nesta peça recursal e comprovado através de diligência feita por essa r. Comissão na documentação apresentada pelo Consórcio SAC-PR, a empresa Deloitte Espanha está devidamente representada no certame através do Instrumento Público de Procuração que conferiu à empresa Deloitte Brasil amplos poderes para agir em seu nome perante a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, especificamente no que pertine à Concorrência nº 01/2012.

Logo, partindo-se dessa premissa, não há que se falar em falta de aptidão da empresa Deloitte Espanha para participar do certame, na qualidade de integrante do Consórcio SAC-PR, ao lado, a propósito, de duas empresas brasileiras, uma vez que o subitem 3.1 do Edital é bastante claro ao permitir que as empresas estrangeiras possam participar do procedimento em questão, desde que possuam representação no Brasil, o que a Deloitte Espanha atende com clareza e excelência.

Com relação ao suposto descumprimento do subitem 5.2.1 do Edital, se faz necessária a análise das exigências de tal dispositivo, de forma a demonstrar que a empresa Deloitte Espanha, assim como as demais integrantes do Consórcio SAC-PR, apresentou absolutamente todos os documentos a ela pertinentes, restando, portanto, comprovada sua habilitação jurídica para participar do certame:

Pois bem, Marçal Justen Filho ao comentar os requisitos editalícios de comprovação da habilitação jurídica das licitantes, bem salienta que *"a prova da habilitação jurídica corresponde à comprovação da existência da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas"*. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 301)

Diante da necessidade de comprovação da capacidade de exercício das faculdades jurídicas por parte das licitantes e em atenção às peculiaridades de cada uma, o rol de documentos descrito no artigo 28 da Lei nº 8-666/93 e reproduzido no subitem 5.2.1 do Edital é um rol alternativo, devendo ser cumprido pelas

licitantes, na exata medida em que o requisito ali descrito se enquadra na sua esfera de comprovação. Explicamos:

Para fins de atendimento da habilitação jurídica das licitantes, o artigo 28, da lei nº 8.666/93 estabelece que:

*Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, **conforme o caso**, consistirá em: (Grifa nesse)*

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Como visto, a redação do artigo supramencionado não deixa dúvida de que o que se determina é que seja apresentado, **conforme o caso, apenas o documento ali descrito que se enquadra no caso particular da licitante**, ou seja, no caso da empresa Deloitte Espanha, a apresentação do Contrato Social em conjunto com o Instrumento de Procuração, que são os documentos por lei aplicáveis a seu caso, exclui a necessidade de apresentação de qualquer outro documento descrito nos demais incisos, por impertinentes a sua natureza jurídica.

A esse respeito, Marçal Justen Filho, ao comentar o artigo 28 da Lei nº 8666/93, bem salienta que:

“A comprovação da habilitação jurídica apresenta variações em face da natureza e das peculiaridades do sujeito licitante.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 301).

Assim, não resta dúvida de que a lei reservou cada um dos incisos do artigo 28 supramencionado para disciplinar formas diferentes de se comprovar a aptidão jurídica das empresas, atentos, cada um deles, às peculiaridades que envolvem as possíveis espécies de licitantes.

Inquestionável, portanto, é o caráter alternativo deste dispositivo e, por consequência, do subitem 5.2.1 do Edital, sendo certo que, uma vez que a empresa Deloitte Espanha apresentou o Contrato Social que era o documento a ela exigido, é defesa a apresentação de qualquer outro documento constante nos demais incisos, já que inaplicáveis a sua natureza jurídica.

Toda essa discussão, portanto, prejudica por completo a alegação por parte dessa r. Comissão Especial de Licitação sobre o suposto descumprimento do subitem 5.2.1 – Habilitação Jurídica do Edital pela empresa Deloitte Espanha, uma vez que, como comprovado à sociedade nesta peça recursal, o Decreto de Autorização, exigido no subitem 5.2.1.4, não lhe é aplicável, sendo, portanto, inexigível para ela.

Corroborando este entendimento, importa trazer ao presente recurso o exemplo do Pregão Eletrônico nº 2010/0284, do Banco do Brasil, onde o Consórcio Deloitte – Basileia II – Banco do Brasil, formado pelas empresas Deloitte Brasil e Deloitte Espanha, foi sagrado vencedor.

Ora, à semelhança do previsto no Edital da Concorrência nº 01/2012 da SAC-PR, o Edital do Pregão nº 2010/0284 do Banco do Brasil também previa no item “Habilitação Jurídica” o rol dos incisos previstas no artigo 28 da Lei nº 8.666/93:

“2. HABILITAÇÃO JUNTO AO BANCO

2.1 Para a habilitação junto ao BANCO, o PROPONENTE deverá apresentar os seguintes documentos:

Habilitação Jurídica:

2.1.1 registro comercial, no caso de empresa individual, ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, em se tratando de sociedades empresárias e sociedades simples, devidamente registrado, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, e, no caso de sociedades simples, acompanhado de prova de nomeação da diretoria em exercício.

2.1.1.1 Os documentos mencionados acima deverão estar acompanhados de todas as suas alterações ou da respectiva consolidação e deles deverá constar, entre os objetivos sociais, a execução de atividades da mesma natureza ou compatível com objeto desta licitação.

2.1.2 inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de nomeação da diretoria em exercício; e

2.1.3 decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”.

Entretanto, a despeito da presença do mesmo dispositivo, o Banco do Brasil, lastreado nos argumentos expostos pelo Recorrente no presente recurso, entendeu ser inaplicável à Deloitte-Espanha a apresentação do decreto de autorização, uma vez que, além de fazer parte do consórcio, juntamente com a empresa Deloitte Brasil, que na oportunidade também a representou legalmente perante o certame, o objeto do Edital, à semelhança do que ocorre no presente caso, não demandava a necessidade de que as empresas executoras do projeto estivessem em funcionamento no país.

Como visto, respaldado no entendimento mais razoável do artigo 28, inciso V da Lei nº 8.666/93 e do artigo 1.134 do Código Civil, o Banco do Brasil declarou como suficiente para comprovar a capacidade jurídica da empresa Deloitte Espanha e apresentação do Contrato Social em conjunto com o Instrumento Particular de Procuração, que concedeu à Deloitte Brasil amplos poderes para representá-la no certame e no contrato.

Não obstante a isso e voltando ao caso aqui discutido, ao longo dos documentos de habilitação apresentados pelo Consórcio SAC-PR, foram incluídos atestados de serviços prestados pela Deloitte Espanha no Brasil, tais como o atestado da Invepar e de Viracopos, o que demonstra que a empresa Deloitte, mesmo não funcionando no país, está juridicamente apta a prestar serviços de consultoria em projetos determinados.

E ainda, prosseguindo na leitura do parecer emitido pela Assessoria da SAC, encontramos mais uma evidência de a questão acerca do funcionamento de empresas estrangeiras no Brasil em nada se relaciona com a participação de empresas estrangeiras em licitações: *“não restam dúvidas de que cada lei abrange assuntos diversos, ou seja, participação em licitações (Lei nº 8.666/93) e funcionamento (Código Civil) de empresas ou sociedades estrangeiras no Brasil”* (Página 3 do Parecer).

Em seguida, reconhecendo que a legislação pertinente a esse processo é a lei de licitações, o parecer faz referência ao artigo 33 de Lei nº 8.666/93, que é o dispositivo que cuida da possibilidade de participação de empresas consorciadas em licitação.

Segundo exige o artigo 33, da Lei nº 8.666/93:

"Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nas arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Em atenção a este dispositivo, também reproduzido no Edital da Concorrência nº 01/2012, o Consórcio SAC-PR seguiu rigorosamente todos os passos nele descritos, apresentando, portanto, para cada uma das empresas que o compõem, os documentos a elas pertinentes e, para o Consórcio, apúscas do caráter geral.

Proseguindo em sua análise, a douta Assessoria Jurídica da SAC, mesmo criticando o entendimento literal do artigo 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93, trouxe à tona a correta interpretação do dispositivo, ao salientar que "observe-se que pela redação do inciso V do referido art. 28, em tese, o intérprete poderia concluir que a apresentação de decreto de autorização somente seria exigida se a empresa ou a sociedade estrangeira estivesse em funcionamento no país. E, o contrário senso, aquelas empresas ou sociedades que não funcionassem no País estariam livres da apresentação desse Decreto".

Por todo o exposto até aqui, ao contrário do que sustenta o parecer, essa interpretação do inciso V, do artigo 28 da Lei nº 8.666/93 é a que deve prosperar, exatamente porque não está dissociada da análise dos demais dispositivos da lei 8.666/93, dos princípios que regem o procedimento licitatório, da jurisprudência e, principalmente, da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração do ponto de vista qualitativo e quantitativo.

Lastreada nesta interpretação, que repute-se, é a mais razoável, a empresa Deloitte Espanha atendeu individualmente as exigências de habilitação para o certame, naquilo que lhe cabia, não prosperando, portanto, a alegação de desatenção ao item 3.2, alínea "b" do Edital.

Com o devido respeito, pelos motivos de fato e de direito acima aduzidos, não merece prosperar a conclusão da Assessoria Jurídica da SAC exposta à folha 6 do Parecer, no sentido de que: "a) as empresas ou sociedades estrangeiras que desejarem participar de licitações nacionais devem estar autorizadas a funcionar no país; b) as empresas ou sociedades estrangeiras que não possuem autorização para funcionarem no país podem participar de licitações internacionais; c) qualquer empresa ou sociedade estrangeira cujo objeto da licitação acarrete o funcionamento no país, necessita da autorização de que trata o art. 1.134 do Código Civil".

Diante do quadro apresentado nesta peça recursal, parece mais razoável concluir que: a) as empresas ou sociedades estrangeiras que desejarem participar de licitações nacionais devem estar autorizadas a funcionar no país, **caso desejem aqui exercer atividades com caráter de continuidade ou serem apenas representadas, quando pretenderem a participação em um projeto determinado**; b) as empresas ou sociedades estrangeiras que não possuem autorização para funcionarem no país **podem participar de licitações internacionais e nacionais, desde que estejam devidamente representadas no Brasil**; c) qualquer empresa ou sociedade estrangeira **cujo objeto da licitação acarrete o funcionamento no país**, necessita da autorização de que trata o art. 1.134 do Código Civil.

Com relação a este último apontamento, é necessário frisar o que a própria literalidade da conclusão já denota, ou seja, a regra do artigo 1134 do Código Civil somente deve ser aplicável para os casos em que as peculiaridades do objeto contratual exijam com caráter de **imprescindibilidade** que a empresa prestadora do serviço esteja em pleno funcionamento no Brasil, o que certamente não é o caso do objeto da presente licitação, que é um serviço de consultoria, cuja matéria prima principal é o capital humano.

Por todo o exposto, restou comprovado à sociedade que seu contrato social somado à representação válida e legal da Deloitte Espanha pela Deloitte Brasil supre qualquer possibilidade de se sustentar que a empresa não comprovou sua habilitação jurídica.

Isto certamente confere à Contratante toda a segurança necessária de que a empresa está juridicamente apta a compor o Consórcio SAC-PR e de cumprir com todas as obrigações técnicas, financeiras e jurídicas a que se vinculou através da parceria formada com as empresas Deloitte Brasil e Fundação Atech e da proposta apresentada à Secretaria de Aviação Civil, devendo, portanto, ser revista a decisão de inabilitação do Recorrente.

4 – DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA INABILITAÇÃO DA EMPRESA ERNST & YOUNG TERCO

Em análise detida da documentação de habilitação apresentada pela empresa Ernst & Young Terco Assessoria Empresarial Ltda., em confronto com as exigências do Edital, foi possível observar que a licitante em questão não apresentou nenhum atestado capaz de comprovar sua experiência técnica na execução de serviços semelhantes ao objeto do Edital.

Isto porque, os serviços prestados pela empresa Ernst & Young, descritos nos atestados de Capacidade Técnica apresentados em sua documentação de habilitação, não se enquadram nos parâmetros exigidos no subitem 5.2.4.1.1 do Edital. Senão vejamos:

O subitem 5.2.4.1.1 do Edital é claro ao exigir a experiência **CUMULATIVA** da licitante na execução de serviços compatíveis com o objeto do Edital, ou seja, documentos que contemplem a experiência das licitantes na prestação dos seguintes serviços:

- a) Diagnóstico setorial de abrangência nacional;
- b) Identificação e acompanhamento da implementação de ganhos rápidos (quick-wins) para um setor econômico de abrangência nacional;
- c) Experiência em apoio à formulação de programas governamentais na esfera do governo federal brasileiro”.

Entretanto, na linha contrária do que exige o Edital em referência, a empresa Ernst & Young não apresentou atestados capazes de comprovar sua experiência, nem integral, nem parcialmente

combinando as experiências, o que equivale a dizer que não existem evidências suficientes para caracterizar sua habilitação.

Assim, para ilustrar nosso posicionamento, destacaremos abaixo nossa criteriosa análise sobre os atestados apresentados pela Recorrida:

a) diagnóstico setorial de abrangência nacional:

- **Secretaria de Estado de Desenvolvimento do Espírito Santo (página 83 da proposta da Ernst & Young):** a descrição do objetivo do contrato explicita: “elaboração de estudos técnicos, econômicos e financeiros que suportem possíveis investidores interessados em implantar uma fábrica de MDF no Estado do Espírito Santo”, ou seja, trabalho desenvolvido para órgão estadual. Adicionalmente, os estudos e cenários descritos referem-se a um contexto específico, para implantar uma fábrica de MDF, o que logicamente não constitui um “setor de abrangência nacional”.
- **ANAC (página 87):** o objeto do atestado se refere a serviços de avaliação e proposição de melhorias em aspectos relacionados ao órgão ANAC, e não a um “setor de abrangência nacional”.
- **Fetranspor (página 90):** trata-se de uma organização que atua em nível estadual (RJ), e não em nível nacional – adicionalmente o objeto do contrato restringe-se a serviços que não incluíram diagnósticos setoriais (muito menos em nível nacional).
- **Usina Açucareira São Manoel (página 94):** os serviços de diagnóstico referem-se a “mapeamento e classificação dos processos” da empresa, e não de um setor de abrangência nacional.
- **Tecon Suape S/A (página 97):** o atestado não cita diagnósticos de quaisquer tipos – muito menos que atendam ao critério estabelecido no edital.
- **CORECON/SP (página 99):** órgão estadual, não tem abrangência nacional – além disso o atestado não cita diagnósticos de quaisquer tipos - muito menos que atendam ao critério estabelecido no edital.
- **Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 (página 101):** não são citados diagnósticos – além do que o objeto do contrato trata de suporte à organização de um evento local.
- **BNDES (página 107):** a própria descrição do atestado deixa claro que se trata de um estudo regional visando “viabilizar o Sistema Logístico entre portos no Sul/Sudeste do Brasil e portos no Chile”. Ou seja, não tem abrangência nacional.
- **BNDES (página 108):** serviços prestados num contexto local (Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, no Estado do Rio Grande do Norte), sem citação de diagnósticos setoriais de quaisquer tipos.

- **Ministério da Pesca e da Aquicultura (página 111):** o atestado apresenta de forma explícita que se trata de serviços locais - "estudo de mercado, planejamento de investimentos e desenvolvimento de modelo de gestão para implantação e/ou reforma de infraestruturas de apoio à cadeia produtiva da pesca no litoral do Estado do Paraná".
- **Ministério da Pesca e da Aquicultura (página 112):** o atestado não está relacionado a diagnóstico de abrangência nacional. Conforme citado no próprio atestado, trata-se de "estudo de caracterização de cadeia produtiva da pesca do litoral sul do Espírito Santo e desenvolvimento de estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental para a implantação de estruturas pesqueiras na região de Itapemirim/ES", ou seja, não tem abrangência nacional.

b) identificação e acompanhamento da implementação de ganhos rápidos (quick-wins) para um setor econômico de abrangência nacional:

- **Secretaria de Estado de Desenvolvimento do Espírito Santo (página 83):** o atestado não cita ganhos rápidos ou quickwins;
- **ANAC (página 87):** Os ganhos rápidos (quickwins) descritos no atestado não são para um setor econômico de abrangência nacional - referem-se apenas ao órgão ANAC;
- **Fetranspor (página 90):** Os ganhos rápidos (quickwins) não são para um setor econômico de abrangência nacional - referem-se apenas à Fetranspor (RJ);
- **Usina Açucareira São Manoel (página 94):** O atestado se refere a "benefícios obtidos/estimados", mas não trata de ganhos RÁPIDOS - além disso, o trabalho não está relacionado a um setor econômico, mas apenas a UMA empresa do setor privado;
- **Tecon Suape S/A (página 97):** o atestado não cita ganhos rápidos ou quickwins;
- **CORECON/SP (página 99):** o atestado não cita ganhos rápidos ou quickwins;
- **Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 (página 101):** o atestado não cita ganhos rápidos ou quickwins;
- **BNDES (página 107):** o atestado não cita ganhos rápidos ou quickwins;
- **BNDES (página 108):** o atestado não cita ganhos rápidos ou quickwins;
- **Ministério da Pesca e da Aquicultura (página 111):** o atestado não cita ganhos rápidos ou quickwins;
- **Ministério da Pesca e da Aquicultura (página 112):** o atestado não cita ganhos rápidos ou quickwins;

c) experiência em apoio à formulação de programas governamentais na esfera do governo federal brasileiro:

- Secretaria de Estado de Desenvolvimento do Espírito Santo (página 83): o objetivo do contrato é a "elaboração de estudos técnicos, econômicos e financeiros que suportem possíveis investidores interessados em implantar uma fábrica de MDF no Estado do Espírito Santo", ou seja, não tem a ver com Programa Governamental (além de ser um órgão estadual).
- ANAC (página 87): as descrições não estão relacionadas a formulação de programa governamental – são serviços de consultoria para o órgão ANAC.
- Fetranspor (página 90): empresa do setor privado (nada próximo de formulação de programa governamental).
- Usina Açucareira São Manoel (página 94): empresa do setor privado (nada próximo de formulação de programa governamental).
- Tecan Suape S/A (página 97): empresa do setor privado (nada próximo de formulação de programa governamental).
- CORECON/SP (página 99): trata-se de serviços de "Revisão da Estrutura Organizacional e modelo de Remuneração Fixa" – ou seja, não cita nem descreve atividades relacionadas a formulação de um Programa Governamental.
- Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 (página 101): empresa do setor privado (nada próximo de formulação de programa governamental).
- BNDES (página 107): o objeto do contrato não está relacionado a Programa Governamental, mas a "elaboração de pesquisas e estudos técnicos visando à avaliação técnica, econômico-financeira e jurídico-regulatória de soluções para viabilizar o Sistema Logístico Ferroviário de Carga entre portos no Sul/Sudeste do Brasil e portos no Chile". Adicionalmente o trabalho não tem abrangência nacional.
- BNDES (página 108): o atestado se refere a "serviços de elaboração dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental e à Estruturação da Concessão para a Implantação e Operação Aeroporto Internacional do Amarante, no Estado do Rio Grande do Norte" – ou seja, não se trata de Programa Governamental, e a abrangência é regional, e não nacional. Como se não bastasse isso, à página 110, lê-se "Atestamos, ainda, que a Empresa **vem cumprindo** com o previsto no Contrato supracitado", ou seja, os serviços ainda não haviam sido finalizados quando da emissão do atestado, invalidando-o mesmo.
- Ministério da Pesca e da Aquicultura (página 111): não se trata de Programa Governamental, mas de "estudo de mercado, planejamento de investimentos e desenvolvimento de gestão para

implantação e/ou reformas das infraestruturas de apoio à cadeia produtiva da pesca no litoral do Estado do Paraná". Adicionalmente, os serviços prestados não têm abrangência nacional.

- **Ministério da Pesca e da Aquicultura (página 112):** não se trata de Programa Governamental, mas de "estudo de caracterização de cadeia produtiva da pesca do litoral sul do Espírito Santo e desenvolvimento de estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental para a implantação de estruturas pesqueiras na região de Itapemirim/ES". Adicionalmente, os serviços prestados não têm abrangência nacional.

Como visto, as experiências apresentadas não comprovam "aptidão para desempenho compatível com as características relativas ao objeto desta licitação."

Diante do exposto, não é demais destacar que a preocupação da Contratante em selecionar a licitante com comprovada experiência nos serviços que compõem o escopo do Edital se traduz na exigência expressa do subitem 5.2.4.1 do Edital de que as licitantes *comprovem aptidão para o desempenho de atividade compatível com as características relativas ao objeto da licitação*.

Ora, conforme demonstrado à sociedade na análise pontual dos atestados apresentado pela empresa Ernst & Young, é possível verificar que nenhum dos atestados apresentados contempla a prestação dos serviços básicos para a comprovação de sua experiência no escopo do Edital.

Assim, uma vez que a função primordial da apresentação dos atestados de capacidade técnica é a comprovação da experiência da licitante na prestação do serviço exigido no edital, garantindo, assim, a segurança, qualidade e confiabilidade dos mesmos, apresentar atestados que não descrevem o que há de mais importante que é a sua experiência na prestação dos serviços exigidos é o equivalente a não apresentá-los.

Diante do exposto, outra não deve ser a decisão desta r. Comissão Especial de Licitação senão a de manter a inabilitação da empresa Ernst & Young Terco Assessoria Empresarial Ltda. para o presente certame, uma vez que a mesma deixou flagrantemente de cumprir regra de suma importância para a garantia da segurança e do sucesso da futura contratação, que é a comprovação de sua capacidade técnica, em desatendimento flagrante ao subitem 5.4.1.1 do Edital.

5 – DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA CONCORRÊNCIA Nº 01/2012

Conforme demonstrado ao longo da documentação apresentada, o Consórcio SAC-PR possui ampla experiência na execução da totalidade dos serviços exigidos pelo Edital da Concorrência nº 01/2012. Assim, entendemos que a decisão de manter a inabilitação do Recorrente e revogar o certame, além de medida injusta, poderá trazer uma série de prejuízos para o interesse público e para a própria Contratante, tanto em razão da qualidade das propostas que serão reapresentadas como sob o aspecto financeiro.

Claro é que o relançamento do Edital em questão envolve alguns pontos que devem ser necessariamente sopesados, uma vez que, todo o processo que já foi desenvolvido será inutilizado e reiniciado, trazendo mais custos e um atraso considerável para a contratação e consequente execução dos serviços.

Além disso, o relançamento do Edital pode comprometer sobremaneira a credibilidade das propostas que serão apresentadas pelas licitantes que, já conhecendo os termos das propostas dos demais concorrentes, poderão formular suas propostas baseadas em dados, quantitativos e qualitativos que não condizem com a realidade por elas praticada.

Ora, a economicidade de que deve se munir a Administração Pública nos procedimentos licitatórios impõe ao Administrador a obrigação de adotar a solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos, já que toda atividade administrativa envolve necessariamente uma relação sujeitável a enfoque de custo benefício.

Diante do exposto, restou demonstrado que a melhor decisão a ser tomada por essa Ilustre Comissão Especial de Licitação é a revisão da decisão de inabilitação do Consórcio SAC-PR, uma vez comprovado o seu atendimento integral ao Edital, bem como a retomada do certame, mesmo havendo um só licitante, como forma de garantir a obtenção da real, melhor e mais vantajosa proposta para execução dos serviços constantes do Edital.

6 – DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Com o devido respeito a essa *r. Comissão Especial de Licitação*, ao longo do presente recurso administrativo foram comprovados os motivos de fato e de direito que justificam o inconformismo do Consórcio SAC-PR diante de sua inabilitação, uma vez que absolutamente todas as exigências do Edital da Concorrência nº 01/2012 foram atendidas por parte do Recorrente, o que necessariamente deveria ter resultado em sua habilitação.

Em resumo, restou inquestionavelmente demonstrada a ocorrência de um equívoco por parte da Assessoria Jurídica da SAC-PR, bem como dessa *r. Comissão Especial de Licitação*, na análise da documentação apresentada pelo Consórcio SAC-PR em confronto com as exigências que realmente lhe são cabíveis, o que resultou em sua injusta inabilitação.

Isso, decerto, não coaduna com os princípios do processo licitatório e nem com o que diz a doutrina e a jurisprudência pertinentes, nem combina com a conduta comumente adotada por essa *r. Comissão Especial de Licitação* que visa, de fato, procurar a melhor proposta para a Administração, de forma pautada e racional.

Assim, uma vez que o presente Recurso Administrativo fundou-se nos mais elevados princípios que regem as contratações na Administração Pública, requer o Recorrente seja o presente julgado **TOTALMENTE PROCEDENTE** por essa *r. Comissão Especial de Licitação*, para que seja reformada a decisão de inabilitação do Consórcio SAC-PR, com a finalidade de habilitá-lo bem como para que seja mantida a inabilitação da empresa Ernst & Young Terço Assessorial Empresarial Ltda., de forma a atender à legislação vigente e por ser medida de inteira JUSTIÇA!

Termos em que,
peço deferimento.

São Paulo, 08 de janeiro de 2013.



CONSÓRCIO SAC-PR

Alessandra Bigotte Donato - Procuradora