

Passo Fundo/RS, 24 de novembro de 2020.

À PREGOEIRA –
MUNICÍPIO DE FREDERICO WESTPHALEN/RS

REF: PREGÃO PRESENCIAL Nº 089/2020

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 00.472.805/0003-08, nos termos do EDITAL e com amparo na Lei nº 8.666/93, vem, por seu representante legal infrafirmado, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO contra ato desta digna Pregoeira, que julgou inabilitada a Recorrente, pelos motivos que passa a expor.

1. PREAMBULO

Trata, o edital Pregão Presencial nº 089/2020, do Município de Frederico Westphalen/RS, de busca de empresas objetivando “registro de preços para futura aquisição de emulsão asfáltica RM 1C.”

Apresentados os documentos, a empresa Recorrente fora inabilitada por não apresentar a documentação exigida no item Item 11.1.1, que assim exigia o edital:

11.1.1. Declaração (de que não emprega menores de idade) que atende ao disposto no artigo 7.º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, conforme o modelo do Decreto Federal n.º 4.358/02;

No entanto, douda Pregoeira, completamente equivocada a inabilitação aqui atacada, já que completamente desarrazoada e infundada, analisada apenas no aspecto formal da exigência tida como não cumprida, sem análise quanto a sua efetiva função ou se a falta de tal documento fosse sustentáculo para inabilitação da empresa por esta não comprovar sua aptidão em cumprir com as exigências do edital, como se passa a expor.



2. Dos Fatos e Fundamentos

2.1 Do Item 11.1.1 do Edital – Declaração de Não Emprego a Menor

Douto Pregoeiro.

Assim dispõe o item 11.1.1, do edital de regência, aqui debatido

11.1.1. Declaração (de que não emprega menores de idade) que atende ao disposto no artigo 7.º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, conforme o modelo do Decreto Federal n.º 4.358/02;

Pois bem.


Em rápida análise da norma acima, verifica-se a ilegalidade e o excesso de formalismo aplicado contra a Recorrente no caso concreto, sobre o qual trouxe ***ofensa ao princípio maior do processo licitatório, que é a busca da proposta mais vantajosa à Administração.***

E se diz isso, porque conforme estabelecido no item mencionado, exigir sem o pêndulo da justiça o item sob análise trará prejuízos importantes aos cofres públicos, por inabilitar a licitante que apresentou o menor valor entre todos os participantes do processo licitatório.

Vale dizer, a própria norma editalícia, ao fim e ao cabo, acabará por trazer prejuízos à economicidade da municipalidade, o que, dentro de uma análise do fim do processo licitatório, que é a busca da proposta mais vantajosa, encontra-se viciado.

Assim, muito mais do injusta, também fere a legalidade a inabilitação da Recorrente.

De plano, destacar que **não há dúvidas que a Recorrente apresentou comprovação de sua habilitação.**



Por isso ilógico e irrazoável a inabilitação da Licitante que apresentou a melhor proposta de preços, por motivo tão ínfimo e que poderia ser plenamente sanado pela Representante da empresa presente no processo licitatório, revelando no mínimo pouca preocupação com o princípio da economicidade, na medida em que a instituição licitante *gastará mais do que R\$ 124,84 (cento e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos) por tonelada de emulsão asfáltica*, comparando a proposta da Recorrente Traçado - R\$ 3.235,84 – com a proposta dada segunda colocada - R\$ 3.360,00.

Vale dizer, o Município Licitante teve conhecimento da proposta da Recorrente Traçado, adequada ao que se exigia, em todos os seus termos, estando a sua inabilitação amparada apenas em desatendimento à formalidade do edital, e não ao seu mérito.

Assim, a draconiana inabilitação da Recorrente fere a lógica e a razoabilidade, além de princípios mezinhos da Administração Pública, como a legalidade, a isonomia, razoabilidade, todos postos na busca do princípio maior do processo licitatório, que é o encontro da proposta mais vantajosa à Administração.

Até porque, digno Pregoeiro, entendemos, assim como pacífica doutrina e jurisprudência, que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da razoabilidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Nessa linha, a Administração está sujeita à observância de certas formalidades para a determinação das condições de seus contratos e para a seleção dos contratados. Em outras palavras, a licitação pública é um conjunto de formalidades impostas à Administração como condição para a celebração de contratos.

Mas em que pese a fundamental relação entre licitação e formalidade, *é vedada à Administração no procedimento da licitação, realizar exigências que não produzem efeitos substanciais, despropositadas, desprovidas de nexo de utilidade*

com o objeto do futuro contrato, enfim, meras formalidades ou excessos que comprometem a plena competitividade.

E como se viu acima, a exigência pela qual fora a Licitante Recorrente inabilitada, não pode motivar a sua desclassificação.

Mesmo que assim não fosse, o que se fala apenas por argumento, o artigo 43, § 3º da Lei 8.666/1993, admite 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 originalmente da proposta*”, a *jurisprudência nacional tem considerado que falhas meramente formais cometidas pelos licitantes, que possam ser supridas por informações já disponibilizadas ou que não repercutam concretamente, não autorizam a inabilitação ou a desclassificação de propostas*, ao contrário, autoriza que a Administração releve certas falhas meramente formais ou que tais falhas sejam saneadas.

Nesse sentido, menciona-se um dos acórdãos mais citados sobre o tema, formatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimado-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmute de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele objetiva a Administração [...]. O formalismo no procedimento licitatório não significa que possa se desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes. (STJ. MS 5.418/DF, 1ª Seção. Rel. Demócrito Reinaldo) (grifo nosso)

Assim digno Pregoeiro, pela mais moderna doutrina e jurisprudência acerca do tema, o aspecto essencial a ser considerado no julgamento dos documentos apresentados

pelo Licitantes, é aferir se a formalidade desatendida pelo licitante pode influenciar na averiguação, pela Comissão Licitante, de sua aptidão ou não para cumprir o futuro contrato e se a proposta é adequada ou não. Se não atrapalhar essa avaliação, não produzirá efeito substancial, caso em que, aplicando-se o critério da razoabilidade, tal formalidade poderá ser relevada ou mesmo saneada pela própria Administração.

Nessa linha intelectual, o TCU aponta a obrigatoriedade da realização de diligência para suprir meras irregularidades formais, antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou desabilitação dos licitantes:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário).

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 3615/2013 – Plenário).

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 3418/2014 – Plenário)

Vale dizer, para o TCU, estando as informações exigidas no edital apresentadas, mesmo que de maneira implícita nos documentos juntados, a inabilitação imediata da Licitante, sem a realização de diligência, é medida desarrazoada e irregular.

No caso concreto, com o devido respeito aos condutores do processo licitatório, todas as informações necessárias à análise da habilitação da Licitante Recorrente encontra-se na documentação apresentada, sendo a não apresentação de declaração de não empregar menores – *o que evidentemente nada afeta a análise quanto a habilitação da empresa em executar o objeto do processo licitatório* - não pode gerar mais do que mera irregularidade que pode ser plenamente sanada, já que em nenhum momento atrapalha a análise da Administração quanto a capacidade da empresa.

Assim, se pugna pelo acolhimento destas razões, para o fim maior de reformar a decisão de inabilitação, habilitando a empresa Recorrente, por este ser o seu direito.

2.2 Da Observância ao Princípio da Competitividade e do Formalismo Moderado

É de conhecimento público que “o princípio da vinculação ao edital não é “absoluto” a ponto de obstar à Administração ou ao próprio Judiciário interpretá-lo, inclusive à luz da razoabilidade, para melhor aferir seu sentido e compreendê-lo, impedindo que o rigor excessivo venha a afastar da licitação possíveis concorrentes”.

E é nesse sentido que ganha corpo o princípio da competitividade, que deve ser o norte da Administração nos processos licitatórios de busca do menor preço, com maior número de propostas.

Por isso não pode a Administração criar regras que comprometam o caráter competitivo da licitação, sob pena de sujeitar o agente público as sanções administrativas, civis e criminais cabíveis – Art. 82 e Seções II, III, e IV da Lei nº 8.666/93.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo, 2014, pág. 306.

E o amparo de tal entendimento pauta-se na Constituição Federal de 1988, que em seu Art 37, XXI, determina que o agente público “*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”.

No caso concreto, manter a inabilitação da Recorrente com amparo na cláusula mencionada, já que comprovadamente atende de forma plena as exigências do edital no seu mérito e na sua essência consubstancia-se em flagrante ilegalidade de procedimento, o qual veio em prejuízo da própria municipalidade licitante.

Assim, a busca da proposta mais vantajosa deixou de ser o fim da Administração da Companhia no caso concreto.

Com efeito, “*na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes*”²

Por isso se diz que não pode a Administração inabilitar licitante de forma a comprometer a competitividade, com excesso de formalismo e omissão na análise dos documentos, como o foi no caso concreto, em prejuízo da própria Administração, ao inabilitar a licitante que ofertou o menor preço.

Até porque, o excesso de formalismo – *aqui no apontamento de falta de documentos que nenhuma importância ou diferença fariam, já que a habilitação da Licitante já fora atestada quando do credenciamento* – já não pode mais ser aceito em processos licitatórios no País, diante do ganho de importância do princípio da eficiência sobre o da segurança, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: *busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável*³.

² DALLARI, Adilson Abreu, Aspectos Jurídicos da Licitação, 2006, pág. 134.

³ <http://www.licitante.com.br/tcu-formalismo-moderado-10520-licitacoes/acessado> em 23 de outubro de 2019, às 13h17min

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

*No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio **do formalismo moderado**, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.*

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. *Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios*⁴, conforme também já decidido pelo TCU:

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nesse sentido, vale citar entendimento de Lucas Rocha Furtado, representante do Ministério Público de Contas da União⁵:

É certo que, se o instrumento convocatório de uma licitação impõe determinado requisito, deve-se reputar como relevante tal exigência, arcando o licitante com as consequências de sua omissão. Essa é a

⁴ idem

⁵ (Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Atlas. 2001, p.31)



regra. Esse rigor não pode ser aplicado, no entanto, de forma a prejudicar a própria Administração.

Nesses termos, a Administração, afastando o excesso de formalismo, deve preferir consagrar vencedora a proposta mais vantajosa, mesmo que para isso tenha de abrir mão de exigências previstas no Edital, desde que isso não implique em lesão e direito dos demais participantes. (grifo nosso)

Neste mesmo sentido escreve Ronny Charles Lopes de Torres⁶:

Embora a determinação legal imponha à Administração o cumprimento das normas e condições previstas no edital, devemos relembrar que o formalismo não é uma finalidade em si própria, mas um instrumento utilizado na busca do interesse público, o qual, na licitação, orienta-se pela busca da melhor proposta para a Administração, resguardando o respeito a isonomia entre os interessados (Binômio: Vantagem e Isonomia). (grifo nosso)

Assim, *data máxima vênia*, se percebe que a decisão deste digno Pregoeiro não considerou a percepção instrumental do procedimento licitatório e, na medida em que os licitantes somente devem ser inabilitados ou desclassificados, o que não foi o caso em questão, em razão de vícios insanáveis e que causem efeitos substanciais à licitação, obviamente a decisão pela inabilitação da Recorrente encontra-se em flagrante ilegalidade.

Ilegalidade porque fere a isonomia entre os licitantes, mas também porque, diante do excesso de formalismo, trouxe prejuízo ao caráter competitivo do certame, malferindo a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo a obtenção da proposta mais vantajosa e onerando os cofres do Município Licitante.

⁶ (Leis de Licitações Públicas Comentadas, 9ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 566)

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, é pacífica a jurisprudência quanto a necessidade de realização de diligências pela Comissão de Licitações, especialmente quando a complementação for sobre fatores não essenciais e quando se tratar de mera irregularidade, como no caso concreto:

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. CAPACITAÇÃO TÉCNICA. DOCUMENTO NOVO. NULIDADE DO CERTAME. INOCORRÊNCIA. 1. A realização de diligências pela Comissão de Licitação para esclarecimento de documentos constantes nas propostas de habilitação não viola o artigo 43, §3º, da Lei 8.666/93. Precedente do STJ. Hipótese em que a Comissão de Licitação requereu complementação de informações em atestado de capacitação técnica para a realização do serviço objeto da licitação. 2. A licitação consiste em processo administrativo que visa à escolha do futuro contratante que apresente a melhor proposta. Não se constitui em corrida de obstáculos cujo vencedor é o participante mais veloz. Acima do interesse privado dos participantes em vencer o certame sobrepairia o interesse público a ser CEZD Nº 70062262514 (Nº CNJ: 0418814-97.2014.8.21.7000) 2014/CÍVEL 6 ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA perseguido pela Administração Pública. Daí que há de ser assegurado tanto quanto possível a maior competitividade do certame. **Neste quadro, a exclusão de licitante sob alegada irregularidade formal é medida que põe o interesse privado dos demais licitantes acima do interesse público.** Recurso desprovido. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70012083838, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/07/2005).*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INABILITAÇÃO DA LICITANTE. COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. Mostra-se suficiente no caso, em juízo de verossimilhança, a documentação apresentada pela empresa recorrente para comprovação de sua regularidade fiscal com a

Fazenda Municipal, tendo-se em vista o objeto licitado CEZD Nº 70062262514 (Nº CNJ: 0418814-97.2014.8.21.7000) 2014/CÍVEL 7 ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA e a repúdia às exigências excessivas frente à simplificação do processo de licitação para a preservação do interesse público através da escolha da proposta mais favorável à Administração. Dessa maneira, deve ser suspenso o processo de licitação na modalidade concorrência sob nº 152-2004 até o julgamento final do mandado de segurança. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70009713173, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. João Armando Bezerra Campos, Julgado em 29/12/2004)

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. DESQUALIFICAÇÃO. PERDA DO OBJETO. DESPESAS PROCESSUAIS. FORMALIDADE ESSENCIAL. IRREGULARIDADE. UTILIDADE. COMPETITIVIDADE. (...) 2.AO EFEITO DA DESQUALIFICAÇÃO DE LICITANTES PELA FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS EXIGIDOS NO EDITAL, É INDISPENSÁVEL DISTINGUIR ENTRE FORMALIDADE ESSENCIAL DE SIMPLES IRREGULARIDADE. 3.COMPROVADO, MEDIANTE DOCUMENTO PÚBLICO, QUE PROFISSIONAL HABILITADO CONTRATADO PELO LICITANTE VISITOU O IMÓVEL A SER RESTAURADO, O DESCUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA DO EDITAL DE QUE FOSSE ESTE PREVIAMENTE VISADO PELA ASSESSORIA DE LICITAÇÕES CONFIGURA MERA IRREGULARIDADE, INCAPAZ DE AMPARAR SUA EXCLUSÃO DO CERTAME. AS FORMALIDADES DO EDITAL DEVEM SER EXAMINADAS À LUZ DA SUA UTILIDADE E FINALIDADE, BEM COMO DO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE QUE DOMINA TODO O PROCEDIMENTO. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. CUSTAS PELO ESTADO. (Reexame Necessário Nº 599333663, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Des.ª Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 27/10/1999)

No mesmo ângulo posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGUIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida (STJ - MS: 5869 DF 1998/0049327-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 11/09/2002, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07.10.2002 p. 163) (Grifo nosso).

Nesse contexto registra o TCU que:

(...) O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais" (TCU, 004809/1999-8, DOU 8/11/99, p.50, e BLC nº 4, 2000, p. 203)

Assim, com total amparo nos princípios da legalidade, da isonomia, do formalismo moderado, todos visando o fim maior do processo licitatório, que é a busca da proposta mais vantajosa à Administração, a reforma da decisão de inabilitação da licitante é trazer a justiça ao caso concreto, o desde já se requer.

Também por tal motivo o presente recurso deve ser acolhido.

3. DOS REQUERIMENTOS

Em face do exposto, demonstradas as razões de fato e de direito que justificam a reforma da decisão quanto a não habilitação, requer a Recorrente:

3.1. A atribuição de efeito suspensivo ao presente Recurso, com a paralisação do trâmite do mesmo, até decisão final do presente, nos termos do Art. 109, §2º, da Lei de Licitações;

3.2 A comunicação do presente Recurso às demais proponentes, para, querendo, manifestarem-se a respeito, nos termos do Art. 109, §3º, da Lei de Licitações;

3.3. No mérito:

a) encaminhar o presente Recurso ao setor jurídico do Município para parecer técnico acerca dos argumentos aqui lançados;

b) acatar os argumentos lançados neste Recurso, julgando-o totalmente procedente, com a reconsideração da decisão de inabilitação à Recorrente, já que feito por motivo completamente infundado, na medida em que cumpridas todas as exigências do edital à sua habilitação, à luz da Lei de Licitações e dos argumentos acima lançados.

3.4. Em não havendo acolhida de qualquer dos itens acima mencionados (o que se diz por mera hipótese), requer-se desde já a comunicação da empresa recorrente para, querendo, utilizar-se da prerrogativa legal de promover o competente Recurso Hierárquico, como lhe é autorizado pela legislação de regência – Art. 109, §4º, da Lei de Licitações;

3.5 No caso de julgamento denegatório, que seja disponibilizada de forma imediata cópia integral do processo licitatório sob análise, para demais providências que se entenderem cabíveis.

Pede e Espera Deferimento.

De Passo Fundo/RS para Frederico Westphalen/RS, aos vinte e quatro dias do mês de novembro de 2020.



TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

Sr. Cleison Cesar Padilha dos Santos
Procurador (Procuração Pública nº 27.563)

RG: 4104163607-SSP/RS

CPF: 023.194.190-04