

À
CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO
Praça dos Emancipadores, s/nº - Bloco Legislativo - Centro - Cubatão / SP,
Por intermédio do Exmº Sr. Presidente da Câmara Municipal, Joemerson Alves de Souza

“Quando se realiza licitação pelo menor preço global, interessa primordialmente para a Administração o valor global apresentado pelos licitantes. É com base nestes valores que a Administração analisará as propostas no tocante aos preços” (TCU-Acórdão 4.621/2009 – 2ª Câmara)

REF:

PREGÃO PRESENCIAL Nº 10/2023 - RQ. Nº 08-04-01/2023
DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO

CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO
RECEBIDO
AS 13h43 F.S. 13 DE 03 DE 24
POR: Lidia Vitória
PROTOCOLO

JAVA COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA., com qualificação completa no procedimento licitatório, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar

CONTRARRAZÕES

aos recursos administrativos apresentados, conforme segue:

PREÂMBULO

A recorrida participou de procedimento licitatório com os demais participantes, dentre os quais um é recorrente aqui: Argus Serviços Especializados em Segurança Ltda. A participação da aqui recorrida ocorreu de forma legal, em atendimento aos critérios jurídicos e exigências do edital. Ao final, por cumprir com os requisitos e apresentar o melhor preço, a recorrida foi declarada vencedora, resultado que deve ser mantido, senão vejamos.

DAS CONTRARRAZÕES

O presente procedimento licitatório priorizou, da melhor forma, os interesses da administração pública e de seus munícipes, de acordo com os princípios Constitucionais e legais.

Após a apresentação de proposta e documentação adequada, tendo em vista o melhor preço apresentado, a licitante, aqui recorrida, sagrou-se vencedora da licitação.

Ressalte-se que, todos os demais concorrentes, inclusive o recorrente, tiveram seus direitos de participação e concorrência devidamente resguardados e respeitados, ao que, ao final, foram vencidos, pois, declinaram de apresentarem valores mais benéficos à administração em concorrência ao valor apresentado pela recorrida, licitante vencedora.

Eis que, a administração pública e o procedimento licitatório se pautam pelos princípios da administração pública que, em primeiro lugar, se encontram previstos no artigo 37 da Constituição Federal: **LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE E EFICIÊNCIA.**

Todos os princípios da administração pública foram devidamente cumpridos no presente procedimento licitatório, senão vejamos.

A **LEGALIDADE** foi estritamente observada, dado que o procedimento transcorreu de forma brilhante, tendo em vista o trabalho da comissão especializada, que priorizou em cada aspecto as previsões legislativas da Lei nº 8.666/93.

Não há que se falar em qualquer violação da **IMPESSOALIDADE**, vez que, todos aqueles que optaram por participar tiveram o seu direito resguardado, sem qualquer predileção. A mais irrestrita possibilidade de participação foi e ficou devidamente obedecida e caracterizada pelo grande número de participantes e pelas oportunidades de lances, em que optaram por declinar.

O procedimento licitatório em questão faz jus a receber todos os elogios, pelo maior respeito ao consagrado princípio da **MORALIDADE**, a conduta de cada servidor e cada participante, em especial pela comissão especializada, que trazem aqui um capítulo à parte, com direito a todos os elogios merecidos. A Moralidade foi estritamente respeitada e esteve presente da melhor forma, sem que uma sequer palavra possa ser escrita em sentido contrário.

Todo o procedimento, assim como todos os seus atos foram devidamente públicos, da melhor forma foi respeitado o princípio da **PUBLICIDADE**. Fez-se um procedimento licitatório absolutamente público e transparente.

Por último e como objetivo primordial da administração pública, resta o princípio da **EFICIÊNCIA**, o que deve ser priorizado por todo administrador público. O que se deve buscar é uma administração pública eficiente, de maneira que seja econômica e preste o adequado serviço aos munícipes.

Justamente aqui, ao princípio da Eficiência, nos atentaremos por alguns parágrafos e com a necessidade e motivação a seguir demonstradas, vez que **NO RECURSO QUE FOI**

APRESENTADO POR UM DOS LICITANTES DERROTADOS, O QUE SE BUSCA ENFRAQUECER É O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

Foram apresentadas propostas por cada licitante participante. Todas as propostas apresentadas do modo como estipulado no instrumento convocatório foram devidamente homologadas e os licitantes devidamente classificados.

Eis que, chegado o momento do preço, a aqui recorrida, enquanto licitante, apresentou o melhor preço para cumprir com o objeto licitado.

Um dos licitantes vencidos não se dispôs a apresentar melhor preço à administração pública e, posteriormente, busca recorrer sem apresentar nenhum fato que justifique de forma plausível o recurso apresentado, mas, com o objetivo de fornecer à administração o cumprimento do objeto da licitação por um preço superior ao da recorrida. Ora, trata-se de tentativa de macular o princípio da Eficiência.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deixa claro, ao interpretar os princípios constitucionais, que a administração pública deve priorizar alternativas céleres e econômicas para solucionar as demandas típicas e oferecer os serviços necessários aos administrados.

Com a devida *venia*, são transcritas as ementas de dois importantes julgamentos no STF, nos quais ficou evidenciado o entendimento de nossa Corte Suprema sobre o objetivo da administração pública que deve ser o de solucionar e resolver as demandas públicas, de forma célere e econômica.

“*Ementa:* AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE

VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS. 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil

e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. 2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição. 3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. 4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto). 5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública. 6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação. 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. 8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei. 9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição

comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI). 10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excludente. 11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo. 12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput). 14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados. 15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se

submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. 16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. 17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo. 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais. 19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor. 20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os

contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas". (ADI 1923, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015)

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos respalda a fixação por lei de preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração Pública regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da União para fixar normas gerais sobre o tema (CRFB, art. 22, XXVII). 2. A matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, §1º, II), sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo. 3. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não engessou a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), uma vez que a regra de precedência abstrata em favor dos softwares livres pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas. 4. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito, sendo certo que todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame, independentemente do seu produto, bastando que

esteja disposto a celebrar licenciamento amplo desejado pela Administração. 5. Os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, caput e 70, caput) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente". (ADI 3059, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015).

Ou seja, com respaldo na interpretação constitucional da Corte competente para guardar a Constituição Federal, faz-se possível afirmar que, a tentativa do recorrente é uma ofensa ao princípio da Eficiência, ao que busca impugnar o fornecimento do objeto pelo melhor preço e ofende a **ECONOMICIDADE** e, também, busca impedir o mais breve início ao fornecimento do objeto, o que atenta contra a **CELERIDADE**.

Ademais, as alegações do recorrente, contidas em detalhes simples e sem amparo legal, buscam tumultuar a finalização do procedimento licitatório e impedem o alcance da eficiência, mostrando-se infundados.

Nesse sentido, são devidamente rebatidas as razões apresentadas pelo recorrente, com a ressalva de que a recorrida cumpriu integralmente o edital e a legislação correlata:

I. A documentação para comprovação da qualificação técnica está correta, o que já foi validado por essa Câmara Municipal de Cubatão.

Para se fazer uma análise adequada da legalidade da documentação apresentada, deve-se verificar o que diz a Lei nº 8.666/93 sobre os requisitos de qualificação técnica para a fase de habilitação, dentre os quais encontra-se inserido o atestado de capacidade técnica:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

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

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

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)" (destaque nosso)

Como podemos observar a Lei 8666/93 limita a exigência quanto à Qualificação Técnica e veda expressamente (LIMITAR-SE-Á) a fixação de requisitos não previstos em lei e desnecessário aos fins de licitação e conseqüentemente do objeto licitado.

Por isso, ao incluir no rol de documentação de habilitação comprovação que não aquela expressamente disposta na lei, o agente público afronta o Princípio da Legalidade (art. 3º da Lei nº 8.666/93 e art. 37 da Constituição da República).

Vale a pena verificar o disposto no § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93:

"§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar nos atos de convocação, cláusulas que comprometam restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato."

A própria Lei nº 8.666/93 proíbe, expressamente, no §5º de seu artigo 30 a exigência de quaisquer comprovações de atividade ou de aptidão técnica que não se encontrem nela previstas:

"Parágrafo Quinto do artigo 30 - É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação." (destaque nosso)

O recorrente parece desconhecer a legislação correlata ao tema, e ofende decisão desta Câmara Municipal que, de modo lícito, amparada em preceitos legais, considerou habilitada no certame a aqui recorrida.

2. A aqui recorrida apresentou, em conjunto com sua proposta comercial, as convenções coletivas atreladas a prestação do serviço que se pretende contratar, o que pode ser verificado em breve análise da íntegra do presente procedimento licitatório; análise esta que, ao que tudo indica, não ocorreu de modo correto pela recorrente, a qual alega em sua peça recursal que não foram apresentadas as devidas convenções coletivas por parte da aqui recorrida.

3. A aqui recorrida apresentou sua proposta comercial de modo correto, atrelada a convenção coletiva vinculada a prestação dos serviços que se pretende contratar.

Foram seguidos os valores estipulados para o correto adimplemento de salários, benefícios e encargos sociais, previdenciários e trabalhistas.

Nesse sentido, vale mencionar enunciados relativos ao Acórdão 9036/2011-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro Augusto Sherman, e ao Acórdão 720/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo, a seguir transcritos:

Acórdão 9036/2011-TCU-1ª Câmara

“A fixação de taxa de encargos sociais das empresas participantes de processos de licitação não encontra amparo legal na legislação ou na jurisprudência do TCU, que entende que o engessamento do percentual de encargos sociais fere o princípio da legalidade, contribui para a restrição do caráter competitivo do certame licitatório e prejudica a obtenção de melhores preços.”

Acórdão 720/2016-TCU-Plenário

“Nos editais de licitação, é indevida a fixação de percentuais de encargos sociais e trabalhistas, ainda que mínimos.”

Citamos, ainda, o Acórdão nº 38/2018-TCU, o qual prevê:

“(…) v) é irregular a inclusão do IRPJ ou da CSLL nas planilhas de custo ou no BDI (...). O IRPJ e a CSLL não podem ser repassados ao contratante, dada a sua natureza direta e personalística, não devendo, tais tributos, constar em item da planilha de custos ou na composição do BDI. Nesse sentido estão os Acórdãos 2.886/2013-TCU-Plenário, 1.696/2013-TCU-Plenário, 325/2007-TCU-Plenário, 4.277/2009-TCU-1ª Câmara, etc.” (destaque nosso)

Ademais, segue o previsto em legislação (lei nº 8.666/93):

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

Reiteramos que os valores apresentados em nossa planilha de composição de custos são suficientes para o pleno e satisfatório atendimento das condições editalícias e/ou contratuais estabelecidas.

No mais, prevê o edital:

“7.14. Serão desclassificadas as propostas que apresentarem uma ou mais das

seguintes situações:

7.14.1. Rasura.

7.14.2. Modificações em seus dizeres.

7.14.3. Preenchidas a lápis.

7.14.4. Cujas cotações não estejam perfeitamente legíveis.

7.14.5. Sem assinatura do proponente ou seu representante legal.

7.14.6. Que contrariar as normas estabelecidas neste edital.

7.14.7. Que apresentarem preços excessivos, assim considerados aqueles que estiverem acima do preço de mercado, ou manifestamente inexequíveis, nos termos do art. 48, da Lei Federal nº 8.666/93.”

A proposta apresentada pela aqui recorrida não se enquadra em nenhum dos motivos para desclassificação contidos no item 7.14. do edital.

4. A recorrida, de acordo com toda a documentação contida no presente certame, cumpriu **INTEGRALMENTE** todas as exigências e condições estabelecidas no edital, não restando dúvida quanto a vinculação de tudo o que foi até aqui apresentado ao instrumento convocatório.

A documentação e planilha de composição de custos apresentadas pela recorrida atendem **INDUBITAVELMENTE** as exigências do Edital e do Ordenamento Jurídico.

Não aceitar documentação e planilhas elaboradas e apresentadas de modo correto revela um formalismo excessivo, fato não aceito pelo Judiciário, doutrinadores e pelo próprio Tribunal de Contas da União.

Para uma correta compreensão da matéria é necessário que se analise os princípios que regem qualquer licitação pública.

O art. 3º da Lei nº 8.666/93 é claro ao afirmar que:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA** para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (destaque nosso)

O artigo 44 da mesma Lei explana o seguinte:

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

Contempla, ainda, o artigo 45 da referida Lei:

“Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.”

Além disso, a licitação não apresenta fins em si próprios.

Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei das Licitações e Contrato Administrativos”, 14ª edição, editora Dialética, fls. 61, assim se refere em relação aos princípios:

“O art. 3º sintetiza o espírito da Lei, no âmbito da licitação. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou opção a preferir, o intérprete deve recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com os ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os caracterize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário.” (destaque nosso)

Os mais conceituados doutrinadores afirmam que devem ser seguidos, sempre que possível, os princípios da **proporcionalidade** e da **razoabilidade**.

Celso Antônio Bandeira de Mello analisa o descabimento de rigorismos inúteis em procedimentos licitatórios ao ensinar que:

“Na fase de habilitação a promotora do certame deve se abster de exigências ou rigorismos inúteis. Isto bem se entende à vista das considerações enunciadas em acórdão, que no dizer do eminente Adilson Dallari, já se tornou clássico: “Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilite para o objetivo de seu interesse. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluto singelismo o procedimento licitatório.” (TJ RS, Ag. Pet. 11336, RDP 14/240).

Assim, atualmente, todos os juristas de maior renome nacional se encontram uníssomos no entendimento de que a Administração Pública deve fugir dos rigorismos desnecessários, tudo com o intuito de assegurar que o maior número de licitantes se habilitem aos certames, para que aumentem as chances de competitividade e, prioritariamente, **obtenha-se contratações mais convenientes ao próprio interesse público**, finalidade básica do procedimento.

Esse também é o entendimento do ilustre jurista Marçal Justen Filho, considerado atualmente um dos mais expressivos na análise de problemáticas decorrentes de licitações, consoante os diversos trechos extraídos de sua obra relacionados a seguir:

“Não é possível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o “Princípio da Isonomia” importaria tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção do formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo.” (destaque nosso)

(...)

“Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou edital devem ser interpretadas como instrumentais. Daí a advertência de Adilson Dallari, para quem, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto 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; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.”

(...)

“Não basta comprovar a existência de defeitos. É imperioso verificar se a gravidade do vício é suficientemente séria, especialmente em face da dimensão do interesse público.” (destaque nosso)

Por outro lado, há na doutrina argumentos que tratam do “formalismo moderado”, dizendo que o mesmo deve reger os processos licitatórios, segundo o qual a Administração, em benefício do interesse público, não deve privilegiar formalidades que contra ele atentem.

Sobre o assunto ressalte-se o que diz o professor Rafael Carvalho Rezende de Oliveira em sua obra “Licitações e Contratos Administrativos” (Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática, 3ª ed., pág. 24):

*“É oportuno ressaltar que o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo. Não se pode perder de vista que a licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: **CELEBRAÇÃO DO CONTRATO COM O LICITANTE QUE APRESENTOU A MELHOR PROPOSTA.** Por esta razão, a*



legislação tem flexibilizado algumas exigências formais, que não colocam em risco a isonomia, com o intuito de garantir maior competitividade.” (destaque nosso)

O que existe, na prática, são cláusulas ou exigências que, por sua natureza intrínseca, não guardam relação de essencialidade com a busca do interesse público em sede de licitação pública. Sobre tal tema veja-se a lição de Mônica Martins Toscano Simões:

“Contudo, é de alertar que a aplicação do formalismo moderado em processos concorrenciais só é pertinente com relação a formalidades não essenciais - isto é - aquelas que não comprometem sua finalidade; é óbvio que a atenuação das formalidades não pode ser invocada para afastar nulidades. A razoabilidade deve guiar a administração na aplicação do princípio de formalismo moderado em processos concorrenciais. Note-se que, via de regra, o formalismo moderado há de ser invocado em prol do administrado. Apenas em caráter excepcional, se assim o exigir o interesse público, dele poderá valer-se a Administração, cuja atuação - vale lembrar - resta estritamente vinculada às exigências legais, em decorrência do princípio da legalidade.”

NÃO PODE OCORRER APEGO EXTREMO AO FORMALISMO. Esta tem sido a orientação da jurisprudência uníssona de nossos tribunais:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA, DO TIPO MENOR PREÇO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO. ÍNDICES DE PRODUTIVIDADE. PROPOSTA VENCEDORA DESCLASSIFICADA PELA SENTENÇA, AO FUNDAMENTO DE IRREGULARIDADE. APELAÇÃO. PROVIMENTO. 1 - Tratando-se de concorrência pública do tipo menor preço, para a contratação de empresa prestadora de serviços de limpeza e conservação, não deve prevalecer a desclassificação da proposta declarada vencedora pela Comissão de Licitação, a pretexto de irregularidade na cotação de índices de produtividade, eis que justificada, perante o Presidente da Comissão, a apresentação de índices diversos, como permitido pela Instrução Normativa nº 19/97 - MARE (item 4.3.1.3). 2 - A desclassificação da proposta vencedora, no caso, representa excessivo apego ao formalismo, em detrimento no interesse maior da administração e dos princípios que regem o procedimento licitatório, entre os quais sobressai o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. 3 - Sentença reformada. 4 - Apelação e remessa oficial, esta tida por interposta, providas.” (MAS 2000.34.00.022322-8/DF, TRF 1, 6ª Turma, Des. Rel. Daniel Paes Ribeiro, DJ. 35/05/2004)

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO PROMOVIDA PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CAUTELAR AJUIZADA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA SUSPENDER A

ADJUDICAÇÃO E DEMAIS ATOS DO CERTAME. EFEITO SUSPENSIVO NEGADO. RECURSO DESPROVIDO. 1 - É de ser mantida liminar concedida em ação cautelar para suspender a adjudicação e demais atos da licitação promovida pela ECT, se o Juiz bem vê presentes o "fumus boni juris" - finalidade da licitação que há de prevalecer sobre o mero formalismo - e o "periculum in mora" - iminência da adjudicação. 2 - A alegação de ter havido descumprimento de subitem do edital, apresentando-se proposta acompanhada de documentos rasurados, há de ser confrontada com o interesse da administração - contratar o melhor sob menor custo. 3 - Agravo de instrumento desprovido." (Agravo de Instrumento nº 97.03.0482487-1 - TRF 3 - 4ª Turma - Des. Rel. Lúcia Figueiredo, DJ. 17/03/1998.)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. NORMAS EDITALÍCIAS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO CONCORDANDO COM OS TERMOS DO EDITAL. MERA IRREGULARIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO E AOS DEMAIS CONCORRENTES. 1 - Em que pese a vinculação da Administração Pública e dos administradores aos termos da legislação, dos princípios e do edital de regência do certame público, afronta o princípio da razoabilidade a desclassificação de empresa, que pode apresentar proposta mais vantajosa à Administração, quando restar amparada em mero formalismo, como no caso dos autos, em que, apesar da exigência de declaração afirmando a aceitação e submissão a todos os termos do edital, sua mera omissão não acarreta nenhum prejuízo à Administração, mormente quando tal omissão pode ser suprida pela aceitação tácita do item 10.4 do edital que dispõe: "A participação no procedimento implica no integral e condicional aceitação de todos os termos, cláusulas e condições deste Edital e de seus anexos". 2 - Remessa oficial desprovida." (Remessa Ex Officio nº 2004.001566-4/RR, TRF 1, 6ª Turma, Des. Rel. Souza Prudente, DJ 12/01/2009)

"PROCESSUAL CIVIL. HABILITAÇÃO. LICITAÇÃO. EDITAL. ENTREGA INTEMPESTIVA DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS AO CERTAME. POSSIBILIDADE. EXCESSO DE FORMALISMO AFASTADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1 - Agravo de Instrumento interposto pela CEF em desfavor de decisão que deferiu o pedido de liminar para determinar que a autoridade impetrada declare o impetrante como habilitado no processo licitatório, na modalidade Concorrência. 2 - Sabe-se que a vinculação ao edital é princípio básico da licitação, razão pela qual a Administração não pode descumprir as normas e as condições do instrumento convocatório, aos quais se acha estritamente vinculado (art. 41 da Lei nº 8.666/93). Todavia, tal exigência formal não deve ser confundida com formalismo desnecessário que, em determinadas situações, apenas ocasionam entraves ao certame. 3 - No caso concreto,

apesar de não constar, previamente, no envelope, a Certidão Negativa Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, o Agravado requereu sua juntada no momento da abertura do envelope. Assim, em face da supremacia do interesse público, considera-se excessivo formalismo vedar-se a juntada ulterior de documento pertinente à fase de habilitação. 4- Não constam pendências em nome do Agravado, relativas a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e a inscrições em Dívida Ativa da União junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. 5 - Agravo de instrumento improvido.” (AG 0016861-36.2010.405.0000, TRF-5, Des. Rel. Francisco Barros Dias, DJ 03/02/2011)

“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 a 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 sobrepõe o interesse público a ser 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. 3 - Recurso desprovido.” (Apelação e Reexame Necessário nº 70012083838, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/07/2005)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO. PROPOSTA. TOTALIDADE DOS VALORES COTADOS INFERIOR AOS APRESENTADOS PELA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. LIMINAR INDEFERIDA. 1 - A existência de equívoco no cálculo do adicional de insalubridade e de tributo não tem o condão de invalidar a proposta considerada como a vencedora se, readequados os termos, ainda assim apresenta a proposta mais vantajosa para a Administração. 2 - Precedentes do TJRS e STJ. 3 - Agravo de instrumento desprovido.” (Agravo de Instrumento Nº 70012592739, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 29/09/2005)

No mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 41 DA LEI 8666/93. NÃO OCORRÊNCIA. SESSÃO PÚBLICA DE RECEBIMENTO DOS ENVELOPES. ATRASO NÃO-VERIFICADO. DOUTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO. 1 - A Administração pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8666/93, art. 41). 2 - A Recorrida não violou o edital, tampouco a regra constante do art. 41 da Lei 8666/93, porquanto compareceu à sessão pública de recebimento de envelopes às 8h31min, ou seja, dentro do prazo de tolerância (5 minutos) concedido pela própria comissão licitante. Com efeito, não houve atraso que justificasse o não-recebimento da documentação e da proposta. 3 - Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8666/93, art. 3º). 4 - Recurso especial desprovido.” (Resp. 797.179/MT, Rel. Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, julgado em 19/10/2006, DJ 07/11/2006 p. 253)

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FORMALIDADES. CONSEQUÊNCIAS. 1 - Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato. 2 - Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente. 3 - Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança. 4 - Recurso provido.” (RMS 15.530/RS, Rel. Ministra Eliane Calmon, 2ª Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01/12/2003 p. 294).

“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 malfeitar 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 (MS 5.869/DF, Ministra Laurita Vaz, Primeira Seção, julgado em 11/09/2002, DJ 07/10/2002 p. 163)

No mesmo diapasão o Tribunal de Contas da União (TCU) mantém entendimento, por inteligência do Acórdão 4.621/2009 – 2ª Câmara:

“Quando se realiza licitação pelo menor preço global, interessa primordialmente para a Administração o valor global apresentado pelos licitantes. É com base nestes valores que a Administração analisará as propostas no tocante aos preços

(...)

Em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global.

(...)

Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a administração é o preço global contratado.

(...)

Em suma, penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico.” (destaque nosso)

Assim, diante das disposições normativas transcritas, nota-se que a identificação de equívocos no preenchimento da planilha de formação de preços ou avaliações subjetivas de inexequibilidade não devem de forma alguma implicar na exclusão da proposta.

Inclusive, a observação de tais normas legais se coaduna com a jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União:

“Acórdão nº 4.621/2009 – Segunda Câmara

Voto:

Releva ainda saber o procedimento a ser adotado quando a Administração constata que há evidente equívoco em um ou mais dos itens indicados pelas licitantes.

Não penso que o procedimento seja simplesmente desclassificar o licitante. Penso sim que deva ser avaliado o impacto financeiro da ocorrência e verificar se a proposta, mesmo com a falha, continuaria a preencher os requisitos da legislação que rege as licitações públicas - preços exequíveis e compatíveis com os de mercado.

(...)

Em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global de acordo com as normas pertinentes.” (destaque nosso)

“Acórdão nº 2371/2009 - TCU - Plenário

Voto:

(...)

*9.3. determinar à Fundação Nacional de Saúde - Funasa que:
9.3.1 em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se, na fase de julgamento das propostas, de considerar erros ou omissões no preenchimento da planilha de custos e formação de preços prevista como critério de desclassificação de licitantes, por contrariar o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos nº 2.104/2004, 1.791/2006 e 1.179/2008, todos Plenário, e Acórdão nº 4.621/2009, da 2ª Câmara).” (destaque nosso)*

Também cabe ressaltar o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ERRO NA ELABORAÇÃO DE PLANILHA. DESCLASSIFICAÇÃO DO VENCEDOR. INSTRUÇÃO NORMATIVA 03/2009 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. INTELIGÊNCIA. POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DE PROPOSTA, VEDADO O AUMENTO DO PREÇO DA OFERTA. LIMINAR QUE SE MANTÉM, POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. 1- A SUDENE - Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste interpõe

agravo de instrumento contra decisão da 9.^a Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida no Mandado de Segurança n.º 0007674-96.2011.4.05.8300. 2 - Acolheu-se pleito liminar da empresa AIR TECH COMÉRCIO VAREJISTA E SERVIÇOS DE AR CONDICIONADO LTDA., vencedora do Pregão Eletrônico n.º 03/2011 num primeiro momento, mas desclassificada, ao final, por ter confeccionado a planilha de Composição da Bonificação e Despesas Indiretas - BDI erroneamente que, acaso corrigida, implicaria na majoração da oferta da prestação de serviço de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil) para R\$ 88.461,60 (oitenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e um reais e sessenta centavos). 3 - Segundo a dicção do art. 24 da IN 03/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, "Quando a modalidade de licitação for pregão, a planilha de custos e formação de preços deverá ser entregue e analisada no momento da aceitação do lance vencedor, em que poderá ser ajustada, se possível, para refletir corretamente os custos envolvidos na contratação, desde que não haja majoração do preço proposto". 4 - A norma direcionada ao vencedor descortina a possibilidade de retificação da proposta perante a Administração Pública, sendo-lhe vedado aumentar o preço da oferta que sobrepujou as dos demais concorrentes. 5 - A restrição, evidentemente, tem por objetivo impedir que determinado licitante vença a disputa e depois apresente um custo real bem mais elevado, burlando o princípio que rege toda licitação em prejuízo dos cofres públicos, principalmente. *Por outro lado, dependendo das circunstâncias nas quais se encontra financeiramente a licitante ganhadora, ela pode preferir ter uma menor margem de lucratividade na negociação ou, mesmo, sofrer um relativo prejuízo como estratégia empresarial no mercado-alvo.* 6 - Agravo de instrumento desprovido. (TRF5, AG- Agravo de Instrumento - 117634- Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Cesar Carvalho, DJE 03/02/2012 p 115)" (destaque nosso)

Acrescenta-se posicionamento do E TCESP:

"(...) O MPC opinou pela irregularidade do procedimento, devido às condições restritivas do certame; à ausência de declaração de cumprimento de requisitos de habilitação por uma das licitantes; o excesso de formalismo na desclassificação de proposta com erro formal sanável e irrelevante; e negativa de receber impugnação ao Edital por considerá-la intempestiva, quando não o era.

(...) Outra falha que prejudicou a obtenção da condição mais vantajosa à Administração foi a desclassificação da proposta da empresa Resitec por erro formal e facilmente sanável, por constar, do campo 'valor unitário', o 'valor total'. Comparando-se esse valor com o preço estimado e com os valores apresentados pelas demais proponentes, estava muito claro que se

tratava do valor total, e não do valor unitário, que poderia ser obtido por uma simples divisão daquele total pela quantidade (45.000 toneladas). Tal postura vai contra o caráter competitivo da licitação e causa óbices ao alcance da melhor proposta para a Administração, ferindo o princípio da economicidade e infringindo o artigo 3º caput e §1º, I, da Lei de Licitações. Ressalte-se que a proposta da segunda colocada 1 era mais que 10% superior à proposta desclassificada 2 e, tendo esta sido aceita, não haveria sequer a fase de lances. No fim, após as etapas de lances e de negociação, obteve-se um valor 3 ainda bastante superior ao apresentado pela empresa Resitec, demonstrando o desatendimento aos princípios da economicidade e da razoabilidade, privilegiando-se formalismos excessivos. (TCESP. TC 954/007/12)" (destaque nosso)

Aceito o até aqui exposto, não restará qualquer dúvida quanto à observação dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência que regem a administração pública e estritamente observados pelo Pregoeiro e Comissão de Apoio quando da ocorrência do certame.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se que seja negado provimento ao recurso apresentado e mantido o resultado do procedimento licitatório no qual a recorrida foi vencedora.

Nesses termos, pede-se deferimento.

Suzano, 13 de março de 2024.



Leanide Andrade Reis
Java Comercial e Serviços Ltda.
Proprietária