



ADVOGADOS



AOS CUIDADOS DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 23014-SME DO MUNICÍPIO DE SOBRAL

LS REFRIGERAÇÃO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 31.669.124/0001-98, sediada na Rua Orlando Ribeiro Schmidt, 100 Lote 08, Santa Catarina, CEP 88512-345, Lages (SC), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

A requerente participou da licitação Pregão Eletrônico nº 23014 - SME que tinha por objeto o registro de preço para futuras e eventuais aquisições de materiais permanentes (ares-condicionados e ventiladores), com instalação, para atender as necessidades da Secretaria Municipal da Educação, conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que durante a sessão pública ocorreram ilegalidades que motivaram a necessidade de apresentação do presente recurso administrativo, conforme argumentos de fatos e direito abaixo relacionados.

2. DOS MOTIVOS PARA RECLASSIFICAR A RECORRENTE LS REFRIGERAÇÃO LTDA

2.1. DOS MOTIVOS PARA ANULAÇÃO DA RECUSA DA PROPOSTA E CONSEQUENTE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

O presente tópico tem como intuito demonstrar que houve equívoco na decisão do pregoeiro que decidiu pela recusa da proposta da recorrente no lote 4, sob a seguinte justificativa:

FORNECEDOR DESCLASSIFICADO POR DEIXAR DE CUMPRIR O DISPOSTO NO SUBITEM 14.4 DO EDITAL, POIS, CONFORME ANÁLISE TÉCNICA EXPEDIDA PELO ÓRGÃO REQUISITANTE, A EMPRESA ARREMATANTE NÃO APRESENTOU DOCUMENTO EMITIDO PELO RESPECTIVO FABRICANTE, ATESTANDO QUE A EMPRESA POSSUI ASSISTÊNCIA TÉCNICA CREDENCIADA PARA O ATENDIMENTO EM GARANTIA DOS APARELHOS, APRESENTOU APENAS UMA DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO DA PRÓPRIA EMPRESA, O QUE NÃO É O EXIGIDO NO EDITAL. A REFERIDA ANÁLISE TÉCNICA ESTÁ DISPONÍVEL PARA CONSULTA NOS ANEXOS DA LICITAÇÃO NESTA PLATAFORMA.

Note-se que o edital solicita a comprovação pela fabricante que a licitante é assistência técnica credenciada. Contudo, deve-se ater ao fato de que não é necessário que a empresa licitante possua assistência junto a fabricante para garantir que o produto será fornecido



ADVOGADOS



e assegurado de reparos técnicos necessários, sendo medida manifestamente restritiva. Nesse sentido é o entendimento da Jurisprudência quanto a exigência de assistência técnica:

Trata-se de medida desarrazoada, que não se justifica, mesmo porque nada obsta que o distribuidor/agência autorizada, após fornecer o bem, ofereça, a título de exemplo, o serviço de assistência técnica desejada pela Administração por meio de rede conveniada, localizada no próprio Município. (TC-00001264.989.12-0, TCE/SP, 20/02/2013)

O TCU recentemente definiu no Acórdão 2710/2021 que tal exigência fere a competitividade e economicidade:

7. A representante alega, em síntese, que "o Termo de Referência (TR) do PE 17/2021 **impõe indevidamente a obrigação de que a licitante contratada deveria comprovar que o fabricante dos bens fornecidos nos itens 1 e 2 (Trator Agrícola 90CV) possui assistência técnica no âmbito do estado objeto da licitação (Amapá).** Isso afastaria potenciais licitantes interessados no certame, restringiria a competitividade e violaria a isonomia entre licitantes que fornecem tratores cujas marcas não possuem lojas autorizadas no estado do Amapá." (grifou-se) (....)

18. Não está claro se seriam aceitas declarações do futuro contratante de que seriam feitas parcerias com empresas locais com o intuito de providenciar os serviços de manutenção dos tratores. Essa hipótese aumentaria a competitividade do certame sem prejudicar o desiderato da administração de ter um adequado suporte para a manutenção dos equipamentos.

19. Essa dubiedade, **ao potencialmente afastar fornecedores de equipamentos sem rede de assistência técnica autorizada pelo fabricante no local, parece ter tido o condão de afetar a competitividade do certame,** o qual somente teve um proponente para esses itens, e com desconto irrisório.

19. Feitas essas considerações, por estar, em uma primeira análise, **afetado o caráter competitivo do certame** e, em razão da situação avançada do procedimento de licitação, entendo presentes os pressupostos para a concessão de medida cautelar e para a adoção das demais medidas propostas pela unidade instrutiva."

"a) deferir o pedido de concessão de medida cautelar, com fulcro no art. 276 do Regimento Interno/ "a) deferir o pedido de concessão de medida cautelar, com fulcro no art. 276 do Regimento Interno/TCU, tendo em vista a existência dos elementos necessários para sua adoção, a fim de que a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Paraíba (Codevasf) - Sede suspenda o andamento dos itens 1 e 2 do Pregão Eletrônico 17/2021 até que o Tribunal delibere sobre o mérito da matéria ora em apreço e, caso algum contrato já tenha sido firmado, abstenha-se de praticar qualquer ato com vistas à sua execução até a deliberação definitiva desta Corte;

d.1.2) na hipótese de serem consideradas insuficientes, pelo TCU, as alternativas apresentadas pela unidade jurisdicionada, a manifestação quanto aos possíveis impactos de determinação do TCU para a anulação do certame e



ADVOGADOS



reelaboração do item 20.5. do TR do PE 17/2021, a fim de explicitar de maneira inequívoca que existe a possibilidade de a contratada, fornecedora dos bens adquiridos (tratores agrícolas), além de prestar assistência técnica diretamente por rede autorizada do fabricante, estabelecer parceria com empresa local, onde o objeto da licitação será entregue, para prestar o referido serviço;

Quanto a exigência em apreço, a Lei de Licitações é cristalina ao dispor quanto às condutas vedadas aos agentes públicos, dentre elas “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (Art. 9º, alínea “a”).

Ademais, isso vai contra todo o esforço nacional da diminuição da burocracia estatal, inclusive com o advento da Lei 13.726/2018 que visa desburocratização/simplificação dos procedimentos administrativos:

1º Esta Lei racionaliza **atos e procedimentos administrativos** dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante a supressão ou a **simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas**, cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja superior ao eventual risco de fraude, e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação.

Dessa forma, percebe-se, que a lei nasce com o intuito da desburocratização da administração pública para os procedimentos administrativos, sendo propiciado mais agilidade e simplificação nas licitações, bem como a necessidade de desclassificação das exigências desnecessárias, tornando assim procedimentos licitatórios mais céleres.

Diante disso, com a intenção da nova Lei nº 13.726/2018 é racionalizar, ou seja, facilitar, agilizar, tornar efetivo e ágil, atos e procedimentos administrativos dos entes públicos brasileiros, por meio da supressão e simplificação, reduzindo formalidades e exigências que possam ser tidas como desnecessárias e superpostas, reduzindo o custo econômico, requer-se a sua observância no presente procedimento.

Não de outra forma, são diversas as decisões do Tribunal de Contas da União que afirmam que é afirmam que **é irregular exigir declaração de fabricante para cumprimento de exigências da sessão pública, seja para habilitação ou proposta**, por restringir o caráter competitivo da licitação e sujeitar os interesses públicos à iniciativa privada:

É irregular exigir como condição de habilitação técnica que os licitantes apresentem documentos emitidos por fabricante dos produtos cotados, por caracterizar indevida sujeição dos interesses da Administração Pública à iniciativa privada (...) 19. Observa-se, ainda, que a exigência do citado documento como requisito de habilitação não se encontra prevista dentre as possíveis exigências elencadas nos arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993, de maneira que, também é condenável sob o aspecto formal. (TCU – Acórdão 1024/2015 – Plenário – Data da sessão 29/04/2015 – Rel. Vital do Rêgo).

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. EXIGÊNCIA, COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO, DE APRESENTAÇÃO DE CARTA DE CREDENCIAMENTO DO FABRICANTE. EXIGÊNCIA IRREGULAR, COM POTENCIAL DE RESTRINGIR INDEVIDAMENTE



ADVOGADOS



A COMPETITIVIDADE DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS À CONTRATAÇÃO, NO CASO CONCRETO. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE. CIÊNCIA DA IRREGULARIDADE AO MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL (...) 25. Reforça a tese da exaustividade a doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 306), verbis: O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos (grifo nosso). 26. Ora, a exigência de 'carta do fabricante' não está prevista em nenhum dos dispositivos da Lei 8.666/1993 que regulam a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal ou trabalhista (...) (TCU – Acórdão 2081/2013 – Segunda Câmara, Data da sessão 16/04/2013, Rel. Aroldo Cedraz).

É vedada a exigência de declaração de solidariedade de fabricante, por constituir restrição ao caráter competitivo da licitação. 10. Com relação à declaração de solidariedade, o entendimento pacífico desta Corte é que tal exigência, como condição de habilitação, não tem amparo legal, não constitui exigência indispensável à garantia do cumprimento das obrigações e constitui cláusula restritiva ao caráter competitivo da licitação (Acórdãos TCU nº 1729/2008, 2056/2008 e 892/2010, todos do Plenário). (TCU – Acórdão 2179/2011 – Plenário, Data da sessão 17/08/2011, Rel. Weder de Oliveira).

A exigência de declaração do fabricante atestando que a licitante está autorizada a comercializar os seus equipamentos e capacitada a prestar o suporte técnico necessário, como requisito de habilitação, somente é admitida em casos excepcionais, quando for imprescindível à execução do objeto, situação que deverá ser tecnicamente justificada no processo licitatório (...) 21. Ademais, outros julgados do TCU também já enfrentaram a matéria, conforme o Acórdão 3.783/2013-TCU-1ª Câmara, cujo voto condutor deixou assente: "Conforme jurisprudência desta Corte, a exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade, ou credenciamento, como condição para habilitação de licitante em pregão eletrônico, carece de amparo legal, por extrapolar o que determina o art. 14 do Decreto 5.450/2005. Essa exigência tem caráter restritivo e fere o princípio da isonomia entre os licitantes, porque deixa ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes podem ou não participar do certame. A matéria já foi discutida por este Tribunal em várias ocasiões: Decisão 486/2000 e Acórdãos 808/2003, 1670/2003, 1676/2005, 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 2056/2008, do Plenário; 2404/2009, da 2ª Câmara, entre outros". 22. A propósito, no mencionado voto, o relator da matéria pontua que exigir declaração de fornecedor como requisito de habilitação somente pode ser tolerado, em casos excepcionais, quando se revelar imprescindível à execução do objeto, situação que deverá ser tecnicamente justificada de forma expressa e pública, por ser requisito à competitividade. (TCU – Acórdão 2613/2018 – Plenário, Data da sessão 14/11/2018, Rel. Vital do Rêgo).

A exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade ou credenciamento, como condição para habilitação de licitante, por configurar restrição à competitividade, somente é admitida em casos excepcionais, quando for necessária à execução do objeto contratual, situação que deverá ser adequadamente justificada de forma expressa e pública. (TCU – Acórdão 1805/2015 – Plenário, Data da sessão 22/07/2015, Rel. Weder de Oliveira).



ADVOGADOS



Nesse sentido, veja-se os princípios que devem estar vinculados as decisões estabelecidas nos processos licitatórios:

Ademais, denotando claro avanço na vinculação da atividade administrativa a princípios inafastáveis, o PL acrescenta dez destes aos previstos hoje na Lei de Licitações. Além dos atuais princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade administrativa, igualdade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, o texto inclui expressamente os princípios da eficiência, eficácia, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e sustentabilidade. Outro fato que salta aos olhos é a intenção de desburocratizar e simplificar os procedimentos licitatórios, verificável na medida em que: (i) o desatendimento de exigências meramente formais, que não comprometam a qualificação do licitante ou a compreensão da proposta, não mais importará no afastamento do licitante ou invalidação da licitação (Revista Consultor Jurídico, Reforma da Lei de Licitações é necessária para a administração se reestruturar, por Cristina Castro e Valéria Rosa, 19-10-20018)

Diante disso, mostra-se inadequada e avessa a Lei de Licitações a exigência de que a assistência técnica seja credenciada à fabricante, caracterizando tal exigência como desnecessária e superposta, que por excesso de formalismo não aceita a declaração da empresa que se compromete em atender a assistência técnica do edital, independente de credenciamento.

Assim, ao que se parece o órgão está mais preocupado em ter uma assistência técnica credenciada, que no fim não irá alterar em nada a prestação do serviço, do que lograr êxito na licitação, já que o lote fracassou por puro formalismo excessivo.

2.2. DO ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO – PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

A finalidade de todo procedimento licitatório deve ser o atendimento ao interesse público e, para que isso ocorra, devem ser respeitados 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, na busca pela seleção da proposta mais vantajosa artigo 3º da Lei de Licitações nº 8.666/93.

O pregoeiro responsável pela condução do certame tem total interferência no atendimento, ou não, do interesse público. Neste caso, essa finalidade não obteve êxito, tendo em vista que o entendimento equivocado do pregoeiro ao analisar o artigo 48, inciso II, da Lei de Licitações, importará no dispêndio alto e desnecessário de recursos públicos para aquisição dos mesmos produtos que a Recorrente poderia fornecer por valor incontroversamente menor.

Evidente que o atendimento ao instrumento convocatório, mantendo-se o formalismo moderado e a isonomia entre as partes, é de observância obrigatória. No entanto, não é aceitável que haja interpretação legal equivocada, que somente importará em prejuízos de grande monta ao Órgão, sem que sejam sopesados os motivos e as consequências da desclassificação da melhor proposta.



ADVOGADOS



Veja-se o entendimento do Tribunal de Contas da União:

Uma vez concedida a prerrogativa legal para adoção de determinado ato, **deve a administração adotá-lo**, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, até porque tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, apenas ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público. (Acórdão nº 694/2014 – Plenário, TCU)

A violação de princípios básicos da razoabilidade, da **economicidade**, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame. (Acórdão 6198/2009, TCU)

O princípio da economicidade vem expressamente previsto no art. 70 da CF/88 e representa, em síntese, na promoção de resultados esperados com o menor custo possível. É a união da qualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos.

No entendimento de Marçal Justen Filho¹, para a Administração o preço representa o fator de maior relevância, em princípio, para seleção de qualquer proposta a licitação sempre visa à obtenção da melhor proposta pelo menor custo possível. Esse fator 'menor custo possível' é comum em toda e qualquer licitação; as exigências relativas à qualidade, prazo, etc; podem variar caso a caso, porém, quando se trata do preço, a Administração Pública tem o dever de buscar o menor desembolso de recursos, a fazer-se nas melhores condições possíveis.

Sendo assim, ao desclassificar a recorrente, a Administração está desviando da finalidade da licitação que é o interesse público, além de não estar adquirindo os produtos que foram ofertados por valores menores, preferindo fracassar o lote, em evidente desrespeito ao princípio da economicidade.

2.2.1. DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA REFERENTE À RECUSA DE PROPOSTA

Diante dos argumentos acima apontados, e a fim de auxiliar na comprovação necessária para o deferimento dos argumentos pelo julgador, faz-se necessário a elaboração de diligência com intuito de **verificar que a empresa recorrente compromete-se com a assistência técnica solicitada, que deve ser aceita independente de credenciamento junto à fabricante.**

¹ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos', 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, página 435



ADVOGADOS



2.3. OBRIGATORIEDADE DE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

2.3.1. DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro ao desclassificar a recorrente acabou dando mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. Cabe ressaltar que o princípio da vinculação ao edital, que é diametralmente oposto ao do formalismo moderado **não é absoluto**, devendo ser relativizado com a exigência do edital é inútil ou ilegal. Cabe ao julgador ponderar quando deve aplicar um princípio em face do outro.

Citamos, ainda, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa. (STF - RMS 23.714/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.09.2000, publicado no DJ de 13.10.2000, p. 21)

Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador. (STJ - ROMS 200000625558, rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 18/03/2002, p. 174)

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 escoimando-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 transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. (STJ - MS 199700660931, rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 01/06/1998, p. 24).

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório:

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 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado,



ADVOGADOS



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. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

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 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 11 da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

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. (ACÓRDÃO Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 5º da lei 14.133/2021 que dispõe sobre a vinculação da Administração as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios:

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- TCU - Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-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



ADVOGADOS



dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a “licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.

Desta forma, devidamente comprovado a exigência desarrazoada do pregoeiro do certame cabe a anulação deste ato.

3. DO DIREITO GERAL

3.1. DA LEGALIDADE DE ABRIR PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIAS

O Tribunal de Contas da União entende irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por ocorrência de baixa materialidade:

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público. (ACÓRDÃO 2239/2018 – PLENÁRIO, Relator Ana Arraes)

É evidente que, neste caso, o pregoeiro deveria ter realizado diligência para requerer que a licitante, esclarecesse possíveis dúvidas quanto ao ocorrido. Nesse sentido, já opinou a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, conforme parecer na íntegra em anexo e trecho importante a seguir:

Com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emissor da certidão e comprovar a regularidade do licitante.

[...]

Há, inclusive, a notícia informal de que alguns pregoeiros efetuariam a referida diligência, a fim de assegurar o sucesso do certame. Esta conduta condiz com as diretrizes traçadas pela Lei Estadual nº 15.178/18, que “cria mecanismos de desburocratização no âmbito da Administração Pública do Estado”, e, no seu art. 2º, V, define que são diretrizes da lei “reduzir as exigências burocráticas desnecessárias, redundantes e ineficientes”. Também parece estar alinhada com a Medida Provisória nº 881/2019.

[...]

Nesse passo, com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar



ADVOGADOS



diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emissor da certidão para comprovar a regularidade do licitante. Nesse caso, não será penalizar o licitante, pois a falta estará devida e legitimamente suprida pela Administração Pública. (Procuradora do Estado Dra Helena Beatris Cesarino Mendes Coelho, em 31/10/2019)

O esclarecimento de possíveis dúvidas quanto o objeto deste recurso pode (e deve) ser feito com uma simples diligência, que ajudará a Administração a decidir pela procedência ou não do presente recurso.

Há possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme artigo 64, I da Lei Federal nº 14.133/2021.

A realização de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora, ou autoridade competente em presidir o certame, esbarra em alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

A diligência já deveria ter sido feita, pois não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória. Com brilhantismo e clareza, Marçal Justen Filho leciona:

A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

Comumente se questiona a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do texto legislativo, isto porque o art. 64 da Lei Federal nº 14.133/2021 preconiza que:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.



ADVOGADOS



Deste modo, a correta interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos, restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues inicialmente, por conseguinte, admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades, dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. Exemplo típico é o caso da inclusão de notas fiscais ou contratos que visam esclarecer a quantidade fornecida de determinado material, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, em relação a quantidade fornecida.

Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. (Ivo Ferreira de Oliveira, Diligências nas Licitações Públicas, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

Isto é afirmado pois a diligência não está condicionada a autorização prévia no instrumento convocatório ou ao pleito do particular, em verdade deve ser realizada de ofício visando salvaguardar a Supremacia do Interesse Público. Todavia, nada impede que na omissão da Administração, haja provocação do interessado para sua realização e quando suscitada será obrigatória, excetuada a decisão motivada e satisfatória que justifique a negativa.

Desta forma cabe a Administração promover a diligência ou justificar sua negativa.

4. DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento para:

- a) Declarar a recorrente vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.
- b) Que sejam anuladas todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, convocando as empresas para nova sessão pública.

Requer-se também que seja comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos pede deferimento.

Lages (SC), 18 de março de 2024.

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633