

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 005/2021, DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GOIÂNIA-GO

VIVENTI HOME CARE HOSPITAL DOMICILIAR LTDA., já qualificada nos autos do procedimento licitatório supra, comparece perante a íncrita presença de Vossa Senhoria, com supedâneo no art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, c/c o art. 109, I, "a", da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, subsidiariamente aplicada, a teor do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, e no item 11 do edital licitatório, para apresentar

R E C U R S O

Em face da equivocada decisão de inabilitá-la no certame, fazendo-o pelos fatos e fundamentos a seguir expendidos.

(...) após análise da documentação apresentada pela empresa VIVENTI HOME CARE HOSPITAL DOMICILIAR LTDA, em justificativa ao questionamento apresentado, não restou dúvidas que os índices econômicos apresentados estão em desacordo com o subitem 9.11.7. Considerando que não é permitido a inserção de novos documentos após a abertura da licitação...

São esses os fundamentos apresentados para inabilitar a Recorrente dentro do referido procedimento licitatório.

1. DOS PRINCÍPIOS DO FORMALISMO MODERADO E DA PRIMAZIA DA REALIDADE FÁTICA

O art. 37, XXI, da Constituição Federal assim estatui, verbis:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifado)

O legislador constitucional houve por bem afirmar o caráter instrumental das exigências qualificatórias dos editais de licitação, sinalizando ao legislador ordinário e ao aplicador das normas licitatórias que a documentação para habilitação não é um fim em si mesma, mas um meio voltado à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas pelos adjudicatários/contratantes. Por tal razão, as exigências habilitatórias devem ater-se ao mínimo indispensável a esse mister, na dicção do próprio texto constitucional.

Em obediência ao comando constitucional, o legislador ordinário atuou no mesmo diapasão ao estabelecer as exigências para a qualificação econômico- financeira, no art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, a Lei de Licitações e Contratos-LLC:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: (...)

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (grifado)

Aqui também se observa que a exigência deverá se ater ao estritamente suficiente para oferecer segurança à Administração Pública na celebração de contratos, isto é, a legislação também cuidou para que os agentes que com ela contraírem obrigações estejam minimamente preparados, com o fito de evitar soluções de continuidade no bojo da execução contratual.

A orientação fixada na Carta Política e na lei das licitações configura o norte a conduzir os redatores e intérpretes de atos normativos como os editais de licitação, voltados ao estabelecimento de exigências habilitatórias. Qualquer disposição editalícia que busque estabelecer exigências que transbordem do mínimo necessário à segurança financeira dos contratos restará fulminada com a eiva de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Importa frisar que a doutrina e a jurisprudência pátrias consagraram o entendimento de que o 'Pregão', em suas formas presencial e eletrônica, é regido, entre outros, pelos princípios da celeridade e do formalismo moderado, induzindo à inevitável conclusão de que as exigências habilitatórias, sendo meio e não fim, têm natureza instrumental e devem estar a serviço de contratações rápidas e desvencilhadas de formalidades desnecessárias.

A opção por procedimento mais célere e menos burocrático foi normatizada em função dos imperativos trazidos pelos tempos modernos à Administração Pública, que não poderia, já em pleno século XXI, se dar ao luxo de manter procedimentos morosos, onerosos e pouco eficientes, como os preconizados pela Lei nº 8.666/1993.

Nesta trilha, inclui-se no bojo das inovações trazidas pelo advento do Pregão – Lei Federal nº 10.520/2002 – a eliminação de um órgão decisório colegiado – a comissão de licitação – e sua substituição pela figura monocrática do Pregoeiro. Tudo, repita-se, com o fim de garantir maior celeridade e simplicidade, com a consequente eficiência, aos processos de contratação do poder público.

Daí se torna fácil entender o porquê de a doutrina e a jurisprudência terem consagrado o entendimento de que falhas e equívocos meramente formais, tanto na proposta quanto na documentação habilitatória, não devem ter o condão de promover desclassificações e/ou inabilitações, ante o imperativo da busca pela proposta mais vantajosa, desde que garantida a segurança financeira na execução dos contratos.

Segundo esse entendimento, a falha ou o equívoco identificado na proposta ou na documentação habilitatória deve ser relevada pela autoridade responsável pelo procedimento, privilegiando os princípios da celeridade, da eficiência e do formalismo moderado, para que não se perca de vista os objetivos principais dos procedimentos licitatórios: a observância do princípio constitucional da isonomia e a busca pela proposta mais vantajosa para a administração pública (LLC, art. 3º).

Foi tal entendimento que levou a Administração Pública Federal a editar o Decreto nº 10.024/2019, cujo artigo 47 permite que o Pregoeiro sane, , erros ou falhas de pouca relevância, atribuindo-lhe eficácia para o fim de habilitar a licitante ou classificar sua proposta. O referido preceptivo assim dispõe:

O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. (grifado)

Ainda que se possa argumentar que o referido Decreto não se aplica à Administração Municipal, certo é que a União é incumbida constitucionalmente de editar normas gerais de licitação e não há negar-se sua força irradiadora, de modo que nada impede que o regime jurídico estabelecido para seus procedimentos licitatórios seja absorvido pelos demais entes da federação, incluindo o Município de Goiânia.

Afinal, ninguém ignora a excelência do serviço público federal e se tais disposições não estivessem em consonância com o regime jurídico constitucional e infraconstitucional certamente teria sido combatido pelo Tribunal de Contas da União-TCU.

Comentando o referido decreto o Professor Joel de Menezes Niebuhr expõe o entendimento doutrinário acerca do artigo 47, nos seguintes termos:

(...)

Em meio a essas considerações, difundiu-se na doutrina e na jurisprudência tese segundo a qual o cometimento de falhas meramente formais por parte dos licitantes, que possam ser supridas por informações já disponibilizadas e que não produzam ressonância de efeito concreto e prático, não autoriza a inabilitação deles ou a desclassificação de propostas, até porque, a rigor jurídico, a Administração sequer deveria tê-las exigido. Isto é, a doutrina e a jurisprudência vêm autorizando, com amparo nos princípios da competitividade e da razoabilidade, que a Administração releve certas falhas meramente formais cometidas pelos licitantes ou que tais falhas sejam saneadas, quer pelos licitantes quer pela própria Administração. (grifado)

O autor menciona o Mandado de Segurança nº 5.415/DF, do STJ, cuja ementa finaliza com a seguinte conclusão: "o formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes." Mais adiante, obtempera:

O fato é que a jurisprudência, a partir do STJ, admite a tese que propugna o abrandamento ou a desconsideração de formalidade exigida em edital de licitação, mas não atendida por licitante. Sem embargo, não se trata de recusar em absoluto a função das formalidades em licitação pública. O fundamental é separar as exigências meramente formais, cuja desatenção pode ser relevada, das exigências cuja desatenção produz efeito substancial, e, pois, ao contrário, não pode ser relevada.

(...)

Sente-se em precedentes mais recentes significativo alargamento das hipóteses em que se admite o saneamento de defeitos nos documentos de habilitação e nas propostas. O TCU, por exemplo, assentou o entendimento de que defeitos nas planilhas podem ser corrigidos. E, MAIS DO QUE ISSO, CONSIDERA QUE O PREGOEIRO COMETE ILEGALIDADE QUANDO NÃO PERMITE A CORREÇÃO. A título ilustrativo:

9.8. determinar, nos termos do art. 43, I, da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 250, II, do RITCU, que a Gerência Executiva do INSS em Teresina - PI adotes as seguintes medidas:

9.8.1. abstenha-se de prorrogar o contrato público decorrente do Pregão Eletrônico nº 1/2017, em face das irregularidades apontadas nestes autos e, especialmente, da indevida desclassificação das demais licitantes sob o inadequado pretexto de inconsistências nas planilhas de custos e de formação de preços, sem a efetiva especificação de inconsistências e sem a devida concessão de tempo suficiente para a devida falhas sanáveis, infringindo por analogia, assim, o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, o art. 26, § 3º, do Decreto nº 5.450, de 2005, e o art. 29-A, § 2º, da então vigente IN MPOG nº 2, de 2008, além de ofender os princípios administrativos da máxima competitividade no certame, da razoabilidade na desclassificação das propostas e da busca da proposta vantajosa para a administração pública, ao exigir, ainda, o suscitado profissional como limpador de vidros sem a correspondente previsão no edital do certame, ferindo com isso, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório;

O defeito havido em planilha de composição de custos não pode ser compreendido como meramente formal. Ao contrário, claramente, o efeito é substancial. No entanto, como dito, em direção mais flexível, o TCU pacificou o entendimento de que é obrigação do pregoeiro permitir a correção de defeitos nas planilhas. O TCU quer que a Administração prestigie a obtenção da proposta mais vantajosa, o que é louvável.

(...)

Sem embargo das controvérsias, a questão é que, independentemente do caput do artigo 47 do Decreto Federal nº 10.024/19, já de muito vem sendo permitido, com base nos princípios da competitividade e da razoabilidade, relevar o desatendimento de exigências previstas no edital meramente formais, que não produzam efeito substancial, e sanear quaisquer defeitos desde com elementos já disponíveis à Administração.

Assim sendo, é de concluir que o caput do artigo 47 do Decreto nº 10.024/19 não inova a ordem jurídica, logo é válido e legítimo. O dispositivo em comento, ao permitir o

saneamento de erros ou falhas que não alterem a substância propostas, dos documentos e sua validade jurídica, somente confirma e sintetiza o que a doutrina e a jurisprudência já reconheciam como legítimo em virtude dos princípios da competitividade e da razoabilidade. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 8. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020. p. 387-389) (grifado)

Em excelente reflexão sobre o tema na Revista do TCU, Maria Cecília Mendes Borges discorre sobre o formalismo nos procedimentos licitatórios. Dada à percuciência do texto e sua aplicabilidade ao caso presente, vale a pena transcrever alguns excertos:

A licitação não é um fim em si mesmo, tendo em vista que o procedimento licitatório, embora de natureza formal, deve transcender ao burocratismo exacerbado e inútil, até mesmo porque o procedimento deve estar voltado para a eficácia da máquina administrativa e orientado pelos princípios norteadores, como visto. Assim, procedimento formal não se confunde com formalismo, consubstanciando este por exigências inúteis e desnecessárias, que

podem extrapolar ou não as fronteiras da lei e, nesse caso, poder-se-ia classificá-lo de exacerbado. Diante disso, não se há de anular o procedimento diante de simples omissões ou meras irregularidades formais, como já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, se não há prejuízo à Administração Pública – pas de nullité sans grief –, questão que será melhor explorada nos itens seguintes. (Maria Cecília Mendes Borges. Da licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público: o problema do formalismo exacerbado na frustração desse fim e a importância da participação popular para implementar a efetividade do seu controle. Revista do TCU 105. jul/set 2005. p. 93)

Um dos julgados analisados foi emanado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em uma concorrência pública na qual a proposta declarada vencedora pela Comissão de Licitação havia sido desclassificada por irregularidade na cotação de índices de produtividade – devidamente justificada –, entendeu que referida desclassificação representava “excessivo apego ao formalismo, em detrimento do 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.” Isso na AMS 200034000223228/DF (DJ 31-5-04, p. 120), da 6ª Turma do Tribunal, sendo relatada pelo Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

(....)

Por fim, é de se registrar a posição do Superior Tribunal de Justiça em alguns de seus julgados, que consideraram que “O FORMALISMO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NÃO SIGNIFICA QUE SE POSSA DESCLASSIFICAR PROPOSTAS EIVADAS DE SIMPLES

OMISSÕES OU DEFEITOS IRRELEVANTES”, sendo de se observar a “ratio legis”, se os termos do ato impugnado foi “perfeitamente compreendido, em sua inteireza, pela Comissão especial (e que se presume de alto nível intelectual e técnico)”, isso no julgamento do MS 5418/DF (DJ 1-6-98, p. 24), de sua 1ª Seção, relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo. No mesmo sentido, no ROMS 12517/RS (DJ 23-9-02, p. 224), da 1ª Turma, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, no qual se concluiu que o formalismo deve ser moderado.

(....)

Com a burocratização do processo, bons licitantes são afastados, a concretização da vantajosidade é dificultada, a isonomia é abalada, pelo que se deve sempre perquirir da relevância de cada exigência para a contratação e para a prestação do objeto da licitação em si, tendo em vista a parcela da sociedade a que se dirige e o ordenamento jurídico em que se insere. A vantajosidade, que deve ser o critério presente de forma constante no procedimento licitatório, acarreta a irrelevância do puro e simples formalismo. O extremo formalismo é exigência obstrutiva à participação nas licitações. Sem formalismo exacerbado, ganha a sociedade, que terá garantia da obtenção da vantajosidade, ganha a Administração Pública, na direção de processo menos burocrático, ampliando a competição, e ganham os licitantes, com conhecimento prévio das regularidades exigidas. Em última análise, o excesso de formalismo conduz a um excesso de injustiça. (Op. Cit. pp. 96-98) (grifado)

Ainda calha trazer a lição de Fabricio Santos Toscano, que em escoreito artigo assim preleciona:

Todavia, é preciso atentar para que, no cumprimento desse princípio, não se peque pelo “formalismo”, consistente no apego exacerbado à forma e à formalidade, a implicar a absoluta frustração da finalidade precípua do certame, que é a de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Para se evitar situações como essas no curso dos procedimentos licitatórios deve-se interpretar a Lei e o Edital como veiculando “exigências instrumentais”, expressão muito bem colocada por Marçal Justen Filho. É dizer, o certame não se presta a verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se do modo mais conforme ao texto da lei, mas sim, a bem da verdade, a verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é satisfatória e vantajosa para a Administração.

6. Não se pode admitir que sejam feitas exigências inúteis ou desnecessárias à licitação; que se anule procedimento ou fase de julgamento; inabilite licitantes ou desclassifique propostas, quando diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou proposta que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. Notadamente, diante da posição pacífica do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu que “Em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo”. (TOSCANO, Fabricio Santos. O princípio do procedimento formal e o formalismo. Disponível em:

Acesso em: 05.05.2021) (grifado)

Por fim, esta singela e exemplificativa coletânea de textos doutrinários não poderia deixar de trazer à colação o magistério do mais festejado doutrinador sobre o tema. Com efeito, o posicionamento do grande mestre Marçal Justen Filho não destoa dos demais autores pátrios. Discorrendo sobre o art. 31 da Lei nº 8.666/1993, ele assim pontifica:

A qualificação econômico-financeira não é, no campo das licitações, um conceito absoluto relativo ao vulto dos investimentos e despesas necessários à execução da prestação. A qualificação econômico-financeira somente poderá ser apurada em função das necessidades concretas, de cada caso. Não é possível supor que “qualificação econômico-financeira” para executar uma hidrelétrica seja idêntica àquela exigida para fornecer bens de pequeno valor. Mesmo nos casos em que não se configurarem presentes os requisitos de capital social ou patrimônio líquido mínimos, será possível estabelecer regras acerca da qualificação econômico-financeira.

Lembre-se que o STJ reputou válido edital que deixou de exigir comprovação atinente a todos incisos do art. 31 (não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31, da Lei 8.666/1993-REsp 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 11.06.2002, 19.08.2002)

Em sentido similar, o TCU reputou válido edital que permitia que empresas que não preenchessem os índices denotadores de boa situação econômico-financeira fossem habilitadas por meio da demonstração de capital social ou patrimônio líquido mínimo (Acórdão 247/2003, Plenário, rel. Min. Marcos Vilaça) (...) (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 746-747) (grifado)

Conforme se vê, a exigência editalícia de comprovação da capacidade econômica é vista pela doutrina mais moderna como de importância relativa, eis que não pode ser entendida como um fim em si mesma, mas como um meio para evitar que a administração pública realize contratos temerários.

Visto assim, significa dizer que a qualificação econômico-financeira deve ser analisada no contexto de toda a documentação habilitatória da licitante, de modo a não se absolutizar a documentação deste item e permitir que se sobreponha ao conjunto do acervo habilitatório.

Nesse sentido, chama-se a atenção, ainda mais, para a situação em que as autoridades responsáveis pela condução de procedimentos licitatórios deparam com defeitos meramente formais ou decorrentes de equívocos na

preparação da documentação ou mesmo em lançamentos contábeis, fazendo com que as demonstrações da situação econômico-financeira ou patrimonial da licitante não espelhem com fidelidade a realidade fática de sua condição econômica, como ocorre no caso presente.

A respeito, invoca-se novamente o magistério do mestre paranaense:

Há uma forte tendência ao reconhecimento de que defeitos puramente formais poderão ser sanados, especialmente quando não existir controvérsia relativamente à situação fática. Assim, a apresentação de certidão destinada a comprovar situação inquestionável, constante em cadastros públicos, tende a ser admitida. Se o sujeito não se encontra falido, mas deixou de apresentar o documento adequado, seria um formalismo excessivo promover a sua inabilitação. O que não se poderá aceitar será a apresentação tardia de documentos que deveriam integrar a proposta, por exemplo. Se uma planilha foi exigida no ato convocatório e o particular deixou de apresentá-la, existe defeito insuperável na proposta. Se o edital exigia a apresentação do balanço e o particular não cumpriu a exigência, deverá ser inabilitado.

O envelope de propostas somente será aberto após verificado o preenchimento dos requisitos para habilitação ou o saneamento dos defeitos sanáveis. Por isso, as diligências da Comissão de dirigir-se ao esclarecimento de dúvidas decorrentes do exame da documentação.

Observe-se que o STJ admitiu a possibilidade de juntada posterior de documento destinado a esclarecer dúvida acerca de outro, apresentado tempestivamente. Reputou-se que dúvida da Administração exigia produção de defesa, o que impunha faculdade de juntada de documento complementar. (op. cit. p. 939-940) (grifado)

Observa-se do magistério do grande autor que a REAL situação econômico-financeira da licitante deve interessar mais à administração pública do que a realidade APARENTE, trazida ao procedimento por meio da documentação habilitatória, no caso de discrepância entre o exibido na documentação e a verdadeira situação da empresa.

Ou seja, no caso de a documentação apresentar situação em que a interpretação literal da norma imporia sua inabilitação, mas cuja situação fática, real, efetiva, esteja consentânea com a preocupação estampada nos comandos do artigo 31 da LLC, qual seja, a de que possui condição financeira sólida, deve prevalecer a verificação da realidade fática sobre a realidade documental, que poderá ser portadora de defeitos formais, como ocorre no caso presente.

Vale dizer, o intérprete não pode permitir que a forma se sobreponha ao conteúdo, eis que tal conduta poderá resultar no sacrifício da vantajosidade e resultar na inabilitação de licitantes que atendem ao espírito da norma o que, ao fim e ao cabo, poderá acarretar a celebração de contratos pouco vantajosos para a Administração.

Isto é dizer que o intérprete e executor da norma não pode se apegar à mera formalidade e, por capricho, postergar uma proposta mais vantajosa à Administração Pública, em violação aos princípios da eficiência e da primazia do interesse público.

Conforme bem expuseram Joel Niebuhr e Maria Cecília Mendes Borges, não somente a doutrina, mas também os tribunais têm trilhado este caminho. O Poder Judiciário também já pacificou o entendimento de que pequenas falhas podem e devem ser relevadas ou mesmo sanadas pelo pregoeiro, em benefício dos princípios mencionados e do irrenunciável interesse público.

Nesse sentido, importante acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo ilustra a orientação jurisprudencial, ementado nos termos seguintes:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO. EDITAL. IRREGULARIDADES. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INVALIDADE. AUSÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I - Eventual alegação

de ausência de comprovação da capacidade econômico-financeira da licitante nos moldes do art. 31 da Lei nº 8.666/93 fica superada se esta se encontra explorando normalmente o serviço objeto da licitação há quase uma década. II - 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 comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. III - A despeito da existência de um item no edital que conferia 15 (quinze) pontos para empresas com sede ou filiais no município de Vargem Alta, penso que a duvidosa legalidade dessa benesse sobretudo à luz do art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei n. 8.666/93- não possui a aptidão de invalidar o edital, quer porque a empresa Recorrida foi a única licitante, quer porque, à luz do princípio da conservação dos atos jurídicos também denominado de princípio do aproveitamento - eventual irregularidade de uma disposição despida de caráter substancial não parece ser suficiente para fulminar a validade do ato administrativo como um todo. IV

- A nulidade do edital e do procedimento licitatório somente poderia ser reconhecida se a inobservância das regras legais causasse prejuízo a Administração Pública ou a qualquer das partes, situação não verificada no caso em apreço. Recurso desprovido. (TJ-ES Apelação APL 00008750720088080061, data de publicação: 18/04/2016) (grifado)

Por derradeiro, obviamente não se pode falar em entendimento jurisprudencial sobre procedimentos licitatórios sem trazer à colação o entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União. Este, igualmente, tem prestigiado a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório. São frequentes suas decisões prestigiando a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório.

Exemplificativamente, cite-se o acórdão 357/2015-Plenário, Relatoria do Ministro Bruno Dantas:

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, 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. (grifado)

Ainda este:

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 | Revisor: WALTON ALENCAR RODRIGUES) (grifado)

De frisar-se ainda que o Egrégio TCU em inúmeras ocasiões tomou emprestado do direito do trabalho o princípio da primazia da realidade fática que pode perfeitamente ser utilizado para a solução de situação como a que motivou a inabilitação da recorrente, ora combatida por esta peça recursal.

A título de exemplo, colaciona-se acórdão daquela Corte de Contas que, a contrario sensu da situação em tela, dispõe de que a realidade fática deve se sobrepor à realidade documental, com o fito de preservar o interesse público e garantir a contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

PREGÃO, REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM EDITAL E NO JULGAMENTO DA PROPOSTA CLASSIFICADA EM PRIMEIRO LUGAR. SUPOSTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DA PRIMAZIA DA REALIDADE FÁTICA. CONHECIMENTO E IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1.

Embora o exame da regularidade econômico-financeira deva ser realizado por meio de verificação no SICAF, no caso de pregão efetivado por órgãos e entidades integrantes do SISG ou que aderirem ao SICAF, a superveniência de documentos que infirmem as informações contidas no SICAF conduz à inabilitação do licitante, tendo em vista os princípios da supremacia do interesse público e da primazia da realidade. (TCU 01364620133. Data de publicação: 05/06/2013) (grifado)

No caso do acórdão transcrito a realidade fática impôs a inabilitação da licitante, ainda que a realidade documental levada aos autos do procedimento licitatório apontasse para sua habilitação. No caso presente, Senhor Pregoeiro, a situação se assemelha, mas de modo inverso.

A realidade documental sugere a inabilitação da recorrente em decorrência de equívoco em seus lançamentos contábeis no SPED Contábil, mas a realidade fática aponta para empresa com sólida condição financeira e larga experiência no objeto da licitação, sendo de todo recomendável sua contratação, eis que oferece a proposta mais vantajosa para a administração pública.

Assim, Senhor Pregoeiro, atendendo à orientação doutrinária e jurisprudencial, deve Vossa Senhoria realizar nova verificação no sistema e perceberá que o equívoco já fora sanado e os números informados no SPED Contábil conferem à recorrente os índices exigidos no item 9.11.7 do edital, de modo que o conjunto de sua documentação habilitatória oferece absoluta segurança à administração municipal para considerar atendidas as exigências editalícias e a ela adjudicar o objeto.

2. DA IRREGULARIDADE FORMAL E SUA CORREÇÃO

Na fase anterior do presente procedimento licitatório, o ilustre Pregoeiro solicitou justificativas para a discrepância verificada no cálculo dos índices econômicos da recorrente, por exigência do item 9.11.7 do instrumento convocatório.

Na ocasião, foi informado que o setor responsável pela contabilidade da recorrente havia constatado discrepância no 'Passivo não circulante' de seu balanço. Segundo informado, posteriormente ao envio das informações ao SPED Contábil, aquele valor foi classificado na rubrica 'Adiantamento para aumento de capital'. Tal classificação, responsável pela discrepância, deveria ter sido retificada também no SPED. Todavia, por equívoco, tal providência não foi realizada e passou despercebida na ocasião, sendo identificada somente após a solicitação de Vossa Senhoria.

Ante a constatação, a equipe contábil providenciou imediatamente a retificação no SPED, o que pode ser constatado nos arquivos anexos, sanando as divergências e fazendo com que os índices obtidos a partir da retificação atendam o disposto no item 9.11.7 do instrumento convocatório, espelhando a realidade contábil e patrimonial da empresa.

À luz da orientação doutrinária e jurisprudencial trazida em linhas pretéritas, a irregularidade, meramente formal e não material, fora sanada tempestivamente, de modo que o balanço constante do SPED Contábil já se encontra devidamente atualizado e seus índices demonstram que a recorrente atende às exigências habilitatórias. Os princípios da celeridade e do formalismo moderado impõem a validação da correção realizada, vez que incapaz de ocasionar prejuízo ao procedimento e à Administração Pública Municipal, mas hábil a garantir a contratação mais vantajosa.

Importante frisar que a argumentação expendida nesta peça recursal não se destina a convencer Vossa Senhoria a habilitar empresa que não atende às exigências habilitatórias. Absolutamente. Ao invocar a orientação doutrinária e jurisprudencial pacificadas, no tocante à interpretação do art. 31 da LLC, a recorrente procura demonstrar apenas que sua situação REAL, FÁTICA, EFETIVA, atende inteiramente a todos os dispositivos do instrumento convocatório, inclusive no tocante à qualificação econômico-financeira, ainda que tenha ocorrido equívoco no lançamento de informações no SPED Contábil.

Tal equívoco não deve ter o condão de infirmar sua higidez financeira e menos ainda de tornar insegura sua contratação para a execução do objeto licitado, eis que se trata de empresa sólida em todos os sentidos, inclusive no tocante à experiência na prestação de serviços desta natureza.

Conforme demonstrado, ao reconsiderar sua decisão e considerar habilitada a recorrente, Vossa Senhoria estará não somente atuando em consonância com a doutrina e a jurisprudência mais abalizadas, mas também garantindo a contratação mais vantajosa e mais consentânea com o interesse público envolvido na presente licitação.

3. DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto e demonstrado, requer:

1. seja recebida a presente peça recursal, por tempestiva e aviada de conformidade com as previsões legais e editalícias;
2. no mérito, sejam acolhidas as razões aqui lançadas para rever a inabilitação da recorrente e declará-la vencedora, adjudicando-lhe o objeto da licitação, com sua convocação para as providências decorrentes;
3. caso seja outro o entendimento de Vossa Senhoria e o pedido consubstanciado no item 2, supra, não seja deferido, o que se admite apenas ad argumentandum tantum, requer seja o presente recurso enviado à autoridade superior, com fundamento no art. 109, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, subsidiariamente aplicada à Lei nº 10.520/2002, a teor de seu artigo 9º.

Termos em que,

Pede e espera deferimento. Goiânia-GO, 07 de maio de 2021.

Fechar