

## ➤ Pregão/Concorrência Eletrônica

### ▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SR. PRESIDENTE DA AGENCIA MUNICIPAL DE TURISMO, EVENTOS E LAZER - AGETUL

Ref. Pregão Eletrônico nº: 017/2022

MARCELO MACEDO DEGAN ME, pessoa jurídica de direito privado já regularmente qualificada nos autos do processo em epigrafe, vem pela presente, dentro do tríduo legal, ou seja, de forma tempestiva, apresentar RAZÕES RECURSAIS em face a decisão do Pregoeiro que equivocadamente inabilitou esta recorrente do certame, e que ante as razões a seguir expostas, defronte a elucidação dos fatos e direitos aqui compilados, certamente dará provimento ao presente recurso.

#### I - DOS FATOS

No dia 14/10/22, ou seja, após longos 6 meses de espera entre a abertura do certame (ocorrido em 19/04/22), e após manejado recursos contra a decisão de inabilitação da Licitante, que a época foi erroneamente inabilitada sob a justificativa de que sua proposta não estaria de acordo com as especificações técnicas esculpidas no edital, e após todos os licitantes terem tomado o mesmo resultado, quando o certame caminhava para o fracasso, decidiu-se pelo deferimento recursal.

Reitera-se, todos os documentos para participação estão datados contemporaneamente a abertura do certame, notadamente, se esta Administração demorou 30, 90, 180 ou 360 dias para dirimir uma simples questão, esse lapso temporal é de sua única responsabilidade, sendo certo que, após o deferimento do recurso, dado ao transcurso de tempo, por óbvio, por ocasião da retomada do certame, deverá o licitante remanescente ser convocado a reapresentar os documentos habilitatórios dentro de sua validade, já que os originários há muito acabaram vencidos, eis que expiradas as validades dado o decurso do prazo.

Pois bem, no presente caso, transcorrido os longos 6 meses, esta Administração reconheceu ter se equivocado na aferição da habilitação da ora Recorrente, que naquela ocasião após a análise apontou como única irregularidade uma inexistência incompatibilidade de ordem técnica, e agora, após toda a tramitação para reversão e reanálise, surpreendentemente cria um fato novo, especificadamente e de forma sucinta aponta ao não atendimento aos seguintes critérios:

- 1) Dos Índices Contábeis exigidos no item 8.6.2.5 do edital;
- 2) Do critério subsidiário previsto no item 8.6.2.5.1 do edital; e
- 3) Da qualificação técnica exigida no item 3.1.1 do Anexo I – Termo de Referência do edital, mediante a apresentação de Certidão de Registro da empresa licitante no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA e/ou Conselho Regional de Arquitetura - CAU, com jurisdição sobre o domicílio da sede da licitante.

Das razões de decidir, a Administração reconhece que ATUALMENTE a licitante preenche a todos os requisitos habilitatórios, entretanto, fundamenta que a inabilitação deve ser consumada em razão do fato de que no MOMENTO DA ABERTURA DA SESSÃO a recorrente não detinha total capacidade, e que essa condição só foi possibilitada em momento posterior, o que em sua míope visão constitui uma nulidade tida como absoluta.

Data vênia, mas o entendimento não é o mais apropriado. De fato os apontamentos levantados pela decisão ao tempo da abertura da sessão são reais, sendo certo que se o feito tivesse sido mais célere, naquela altura a decisão da inabilitação por aqueles motivos seriam acertadas, contudo, depois de meio ano de tramitação, desprezar proposta de licitante que reconhecidamente, e EM TEMPO ATUAL REUNE TODAS AS CONDIÇÕES, é apego excessivo ao formalismo.

Ora, caso a empresa tivesse todas as condições há um semestre atrás, neste momento a Administração obrigatoriamente teria que realizar o levantamento das atualizações de cada um dos documentos para convalidar a assunção ao contrato, nesta esteira, temos que o inverso também pode ocorrer e isso em nada desabona a lisura do certame.

A uma que o procedimento de contratação já estaria fracassado se não fosse o manejo do recurso, a outra, é que todas as licitantes foram inabilitadas, o que demonstra que a aceitabilidade da CONDIÇÃO CONTEMPORANEA da única licitante remanescente em nada fere o princípio da isonomia, posto que se mantida a decisão tardiamente prolatada, o destino da presente contratação é inócua. A Administração gastou dinheiro público para uma contratação, licitantes acudiram o edital, tardiamente se tem o desfecho com um único remanescente, e contraditoriamente, mesmo reconhecendo que este preenche todos os requisitos contemporaneamente resolve-se FRACASSAR O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO?

No mais, importante ressaltar que a possibilidade de aplicar a correção dos motivos que levaram o licitante a ser inabilitado estão previstos na legislação, e perfeitamente aplicáveis no presente caso, senão vejamos:

O § 3º do Art. 48 da Lei 8.666/93 (lei que rege o presente edital) assim prevê:

Art.48 [...]

3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias ÚTEIS PARA A APRESENTAÇÃO DE NOVA DOCUMENTAÇÃO ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis

Tal medida é cristalina e perfeitamente aplicável, ainda mais quando analisada a morosidade no qual houve a tramitação deste feito, sendo que a aplicação do referido dispositivo é de salutar solução para o alcance aos anseios da própria administração.

Assim, nesta fenda, qual é o óbice, e, como ignorar a competência e o preenchimento das demais qualificações da licitante recorrente no atual momento?

Qual o cabimento e justificativa jurídica a dar azo a abertura de um novo procedimento absolutamente idêntico para a contratação do mesmíssimo objeto, quando a Administração já detém todas as condições para o desfecho precípuo?

Impor outra despesa ao erário para suportar idêntico processo de licitação?

É de rigor a aplicação do princípio do julgamento objetivo, sobretudo, do desapego ao excesso de formalismo! O TCU assim se posiciona acerca da aplicação do parágrafo terceiro do artigo 48 da Lei 8666/93:

"A reabertura de prazo para apresentação de novas propostas, com fulcro no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993, permite a ampla reformulação das propostas anteriores, observados os ajustes necessários a afastar as causas ensejadoras da desclassificação, cujo resultado não poderá ultrapassar o valor global máximo da proposta anterior de cada licitante, com exceção dos casos em que a desclassificação tenha ocorrido por inexecução." Processo nº 001.378/2017-1. Acórdão nº 1368/2019. Relator: ministro Walton Alencar.

O mesmo raciocínio consta do Acórdão nº 429/2013 – Plenário. Naquela oportunidade se entendeu que houve aplicação equivocada do dispositivo no âmbito do pregão analisado, "vez que a regra ali prevista não pode ser aplicada a licitantes já excluídos em outras etapas no curso da licitação, sendo possível sua aplicação ou aos licitantes desclassificados, quanto houver desclassificação de todas as propostas, ou aos inabilitados, quando todos os licitantes participantes da fase de habilitação forem considerados inabilitados, e não a ambas as situações simultaneamente (inabilitados e desclassificados)."

A condição de paridade é essencial, ainda mais quando analisado o critério de qualificação financeira, posto que dada a volatilidade do mercado, não raro uma empresa pode se endividar em apenas um semestre, sendo que até completar o fim do exercício, poderá utilizar-se de um balanço patrimonial e de índices de liquidez que já não refletem a sua atual condição financeira, e tal como no presente caso, após 6 meses, é de rigor reconhecer que CONTEMPORANEAMENTE a ora Recorrente goza de total saúde financeira capaz de permiti-la a firmar o contrato em pleno acordo com a regra editalícia.

Temos aqui um claro exemplo de um vício "ex nunc", ou seja, o reconhecimento de um defeito que pode ser facilmente convalidado. Repise-se, na abertura do certame, o posicionamento aqui tardiamente manifestado nas razões de decidir encontra-se superados, a licitante recorrente preenche todas as condições atualmente e isto não pode ser ignorado.

#### • RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE

Na temática, vale argumentar que, no processo licitatório predomina o dever da Administração em atestar aos licitantes tratamento isonômico, aplicando, sem subjetivismos, as regras objetivas do edital, é o que prevê o Art. 3º da Lei nº 8.666/93:

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.

Todavia, referido dever não é absoluto, visto que, ao analisar a vinculação ao edital em estritos termos, a Administração não pode abster-se em observar os demais princípios que regem a licitação, como a escolha pela proposta mais vantajosa, a razoabilidade e proporcionalidade.

É o que previu a Constituição Federal, em Capítulo destinado à atuação da Administração Pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

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.

Em outras palavras, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Melo:

"Licitação – em suma – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, PARA ESCOLHER A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA ÀS CONVENIÊNCIAS PÚBLICAS. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se podem assumir. "

Ainda, especificamente:

"Aliás, deve-se entender que o simples princípio da igualdade de todos perante a lei (Art. 5º da CF) e, a fortiori, perante a Administração – obrigada a agir com "impessoalidade", nos termos do Art. 37, caput, da Lei Magna. [...]"

"A licitação visa alcançar DUPLO OBJETIVO: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais presentem realizar com os particulares [...]"

"Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts, 37, caput, e 85, V, da Carta Magna Brasileira".

De tal forma, verifica-se que o objeto público do certame é garantir a obtenção da proposta mais vantajosa, enquanto, para tanto, o ente convocador deve seguir um procedimento formal definido na Lei de Licitações.

Procedimento que, dentre suas fases, prevê a fase de habilitação, seja ela: a fase em que será avaliada a aptidão dos licitantes ou qualificação técnica indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração.

Em suma, fase que é analisada mediante divisão de seus aspectos, sejam eles: jurídico, técnico, econômico-financeiro.

Como ilustra Celso Antônio Bandeira de Mello:

"A lei esclarece que podem ser exigidos exclusivamente documentos relativos a estes tópicos mencionados (art. 27) e aponta o que pode ser demandado para comprovar a capacidade dos interessados (arts. 28 -31). O que se verifica, nesta ocasião, é o atendimento de requisito concernentes à pessoa do licitante".

STJ: "AS REGRAS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DEVEM SER INTERPRETADAS DE MODO QUE, SEM CAUSAR QUALQUER PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO E AOS INTERESSADOS NO CERTAME, POSSIBILITEM A PARTICIPAÇÃO DO MAIOR NÚMERO DE CONCORRENTES, A FIM DE QUE SEJA POSSIBILITADO SE ENCONTRAR, ENTRE VÁRIAS PROPOSTAS, A MAIS VANTAJOSA". (RESP nº 512.179-PR, rel. Min. Franciulli Netto)

E, pelo Guardião da Constituição da República, Supremo Tribunal Federal:

STF: "SE A IRREGULARIDADE PRATICADA PELA LICITANTE VENCEDORA, QUE NÃO ATENDEU À 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 DAS PROPOSTAS, 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 – RO em MS n. 23.714-1, DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

É o que também entende o Tribunal de Contas da União:

"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." (TCU. Acórdão 357/2015 – Plenário).

"DEVE SE EVITAR A DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTAS PELO DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS POUCO RELEVANTES, EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO E DA OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO. RECOMENDAÇÃO." (TCU. Acórdão 11907/2011 – Segunda Câmara).

#### IV – DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, ante ao princípio da vinculação instrumental, isonomia, vantajosidade, tendo a empresa MARCELO MACEDO DEGAN ME a que apresentou proposta e TODOS OS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS VÁLIDOS E DENTRO DO PARAMETRIZADO NO EDITAL, é de rigor o Provimento do Presente Recurso, reconhecendo-a como regularmente habilitada, caminhando-se o processo para a adjudicação do objeto a seu favor e respectiva homologação do certame.

Termos em que,  
Pede Deferimento.

São Paulo, 17 de outubro de 2022;

**Fechar**