

ILMO. SR. PREGOEIRO DA DIVISÃO DE COMPRAS E LICITAÇÕES DO DEPARTAMENTO DE GESTÃO DE COMPRAS E ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO DE RANCHO QUEIMADO/SC.

Tomada de Preços Nº 02/2023

Processo Administrativo nº 13/2023

ESPAÇO AVIVÁ ATIVIDADES ESPORTIVAS LTDA, pessoa jurídica de Direito Privado regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o nº **15.687.871/0001-00**, sediada na *Rodovia Jorge Lacerda, 2975, Espinheiros, cidade de Itajaí Estado de Santa Catarina, CEP: 88317-100*, por intermédio de seu representante legal, subscrito ao final, vem, com o devido respeito, a augusta presença de Vossa Senhoria, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Com fulcro no art. 109, I, alínea “a”, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, pelas razões de fato e de Direito expostas a seguir.

Dos Fatos e Fundamentos Jurídicos

1. Ilmo. Sr. Pregoeiro, como é de vosso conhecimento, o **MUNICÍPIO DE RANCHO QUEIMADO** está promovendo o pregão em epígrafe, cujo objeto é, de acordo com o edital:

1. DO OBJETO, VALOR MÁXIMO E DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DA LICITAÇÃO

1.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de Empresa para fornecimento de Materiais e Mão de Obra para a construção de um campo de futebol Society, no Bairro Centro, em Rancho Queimado/SC, através de dotação orçamentária do Próprio Município, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

2. Pois bem, consoante se extrai da **ATA DE REUNIÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO**, da sessão pública que foi iniciada na data e horário previsto no edital, ocasião em que estiveram presentes duas empresas a saber: a empresa Santa Cruz Construtora Ltda e a Empresa Espaço Avivá Atividades Esportivas Ltda. Na Ata lê-se: **“a empresa não cumpriu expressamente o item 8.4 Qualificação técnica, onde na CAT, apresentada, o atestado de capacidade fornecido por terceiro não consta como averbado no CREA, além da CAT indicar a existência de 3 páginas enquanto foram apresentadas apenas duas com o selo CREA. a empresa SANTA CRUZ apresentou documentação adequada. Assim consideramos a empresa SANTA CRUZ habilitada e a empresa ESPAÇO AVIVÁ inabilitada. A empresa ESPAÇO AVIVA manifestou interesse de recurso, sendo concedido prazo de 5 dias úteis para apresentação de recurso contra a decisão desta comissão.”**

3. A Recorrente manifestou intenção de recurso, que foi aceito, em atendimento à seguinte regra trazida pelo edital:

11.21. Do julgamento das propostas e da classificação, será dada ciência aos licitantes para apresentação de recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis. Interposto o recurso, será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no mesmo prazo.

4. Assim sendo, **a tempestividade do presente recurso está demonstrada**, razão pela qual ele deve ser recebido e conhecido.

5. Quanto ao **mérito**, convém esclarecer que a recorrente apresentou toda a documentação exigida pelo edital para fins de habilitação, faltando apenas o atestado de capacidade técnica com o devido registro no CREA que deveria ter sido apresentado no momento da habilitação. Ocorre que houve uma falha na preparação da documentação sendo que não foi inserido a terceira folha da CAT, (o atestado de capacidade técnica no caso) porém foi mero esquecimento pois o atestado já existia na data da licitação.

6. Quanto à isonomia, verifica-se que o edital determinou que:

24.7. No julgamento das propostas e da habilitação, a Comissão poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.

7. Mencionamos também decisão do Acórdão nº 1211/2021 do Tribunal de Contas da União que proferiu decisão, sob a relatoria de Walton Alencar Rodrigues, envolvendo o saneamento de defeitos nos documentos de habilitação de licitantes.

“Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento *“que deveria constar originariamente da proposta”*, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir ao que o licitante *não dispunha materialmente* no momento da licitação. Caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, haverá de ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame *não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes* e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).”

8. Ao julgar caso em que a licitante foi inabilitada mesmo sendo possível sanar o vício através de diligência, o egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ ponderou que:

O TCE/PR julgou representação em que se alega o excesso de rigor formal do ato do pregoeiro que declarou a licitante inabilitada no certame. O relator destacou que “depreende-se da Ata de Sessão (peça nº 20) que a inabilitação da licitante representante se deu em razão de um equívoco, qual seja: juntou ‘Certidão de Contribuinte Mobiliário’ ao invés de ‘Certidão Negativa de Débitos Municipais’” e “que os fatos narrados nos autos sugerem que a administração pública municipal, por meio de seu pregoeiro, não diligenciou no sentido de sanar a irregularidade formal”. Diante desse cenário e,

considerando a grande discrepância entre os valores apresentados pela licitante inabilitada, classificada em primeiro lugar, e as demais participantes do pregão, o julgador entendeu que a conduta consistente na ausência de diligência por parte do pregoeiro “não se pautou em buscar a proposta efetivamente mais vantajosa economicamente, agindo com excessivo rigor formal, que pode ter violado frontalmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”. Dando continuidade à análise, o julgador enfrentou questão atinente à interpretação e aplicação das regras editalícias, ressaltando que “o princípio da legalidade tem assumido novos contornos, ganhando compreensão mais ampla, chamando-se princípio da juridicidade, segundo o qual o aplicador do direito e agente administrativo deve privilegiar uma interpretação menos positivista e mais balizada na efetiva concretização da justiça material e do interesse público”. Complementou o raciocínio afirmando que “não se trata de mitigar a importância do princípio da legalidade. Pelo contrário, trata-se de agregar ao conceito de legalidade estrita as noções de ponderação e juízo de valor por parte do intérprete e do aplicador do direito, para que se atinja a real finalidade de toda e qualquer atividade do Estado, que é o interesse público” (TCE/PR, Acórdão nº 5.019/2017, Rel. Cons. Ivan Lelis Bonilha, j. em 14.12.2017).

9. Este posicionamento vem ao encontro do princípio da verdade material, explicado por *Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari* da seguinte forma:

Em oposição ao princípio da verdade formal, inerente aos processos judiciais, no processo administrativo se impõe ao princípio da verdade material. O significado deste princípio pode ser compreendido por comparação: no processo judicial normalmente se tem entendido que aquilo que não consta dos autos não pode ser considerado pelo juiz, cuja decisão fica adstrita às provas produzidas nos autos; No processo administrativo o julgamento deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados.

a autoridade administrativa competente para decidir não fica na dependência da iniciativa da parte ou das partes interessadas, nem fica obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, podendo e devendo

buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento (*Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 109).

10. Bem por isso, o egrégio Tribunal de Contas da União pacificou o entendimento de que “esta Corte tem defendido, a exemplo dos posicionamentos consignados nos Acórdãos 357/2015 e 1.795/2015, ambos do Plenário, que, No curso de procedimentos licitatórios, a administração pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, a exemplo de falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório (Representação (REPR) 021.895/2020-1 TCU, Min. *Augusto Sherman Cavalcanti*. 18/11/2020).

11. Refletindo sobre o tema por esse prisma, verifica-se que vários são os motivos para reformar a decisão administrativa de inabilitação. Senão, veja-se.

12. A priori, conforme bem esclareceu *Marçal Justen Filho*, a “licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento de formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Portanto, é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 67).

13. Também não se olvide a excelente lição do Prof. *Adilson Abreu Dallari* quando afirmou, com a habitual propriedade, que licitação é:

“Procedimento, e não uma atividade lúdica; não se trata de um concurso de destreza para escolher o melhor cumpridor do edital” (Licitação – Competência para classificar propostas, adjudicar, homologar e anular, BLC nº 6/94, p. 245).

14. Neste diapasão, o brilhante entendimento externado por *Ivo Ferreira de Oliveira*. Veja-se.

“O culto da forma deve ser evitado, sempre, e assim o formalismo estéril que, ao priorizar os ritos, as cerimônias e os aspectos puramente externos, acabe se sobrepondo ao objetivo originalmente buscado, que é o de ensejar a maior competitividade ou concorrência entre os interessados — ainda mais durante a primeira fase do certame, ou seja, durante a fase de habilitação dos proponentes. Aliás, a finalidade do certame é propiciar à administração a escolha da melhor e mais vantajosa das propostas, no universo do maior número possível de ofertantes.

É preciso, então, conciliar o respeito às regras previamente estabelecidas, e que balizam os atos pelos quais o procedimento licitatório se decompõe, com o afastamento de exigências demasiadas e rigorismos incompatíveis com a boa exegese das normas que regem o certame” (*Diligências nas licitações Públicas*. Editora JM. 2001).

15. E de outra forma não poderia ser, eis que os constituintes, por ocasião da elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preocupados com a transparência e legalidade nas licitações públicas, inseriram no texto ordenamento claro e objetivo, qual seja:

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 .

16. Afinal, o egrégio **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** decidiu causas semelhantes, por várias vezes, como se verá abaixo, e pacificou o entendimento de que:

“1. O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação” (STJ. 1ª Seção. MS nº 5623/DF. Registro nº 199800048928. DJ 29 jun 1998, p. 0005).

“O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial”. (STJ. MS nº 5631/DF. DJU 17 ago. 1998. p. 00007).

Direito público. Mandado de segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao edital. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudiciais ao interesse público. Possibilidade. Cabimento do mandado de segurança para esse fim. Deferimento.

(...)

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.

(...)

O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.

Segurança concedida. Voto vencido.

(Fonte: STJ - MS 5418/DF. Mandado De Segurança nº 1997/0066093-1. Primeira Seção. Ministro Demócrito Reinaldo. DJ 01/06/1998 p. 24).

17. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** também já se declarou acerca de temas semelhantes e, em todas as manifestações, foi absolutamente contra a inabilitação da licitante. Recordem-se as palavras do eminente Min.

Sepúlveda Pertence.

“Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para as demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo das propostas, não se vislumbra 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 ao interesse público, escopo da atividade administrativa” (RO em MS 23.714-1-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

18. Destaque-se que o supracitado julgado do e. **STF** envolvia questão relacionada à licitação do egrégio Tribunal Superior Eleitoral para aquisição de urnas eletrônicas, ou seja, a equivocada inabilitação se deu por ordem de Tribunal, o que não se afigura desconhecimento da Lei, pois todos estamos sujeitos ao erro no calor dos acontecimentos, mormente quando precisamos emitir julgamento célere.

19. Em tempo, do mesmo julgado do e. **STF** extrai-se que:

“Verifica-se, pois, que o vício reconhecidamente praticado pela ora recorrida, embora reflita desobediência ao edital, consubstancia tão-somente irregularidade formal incapaz de conduzir à desclassificação de sua proposta.

Se o edital é a ‘lei interna’ da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados. Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis, os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício” (STF. RMS nº 23.714-1/DF. DJ 13 out. 2000, p. 00021).

20. Vossa Senhoria pode perceber que mesmo quando existentes de fato, as eivas na documentação não serão, *de per si*, motivo de inabilitação se, por sua natureza, não trouxeram qualquer benefício à proponente e, portanto, não feriram o *princípio da isonomia*, assim como não colocaram a Administração numa contratação temerária.

21. Neste sentido, julgado do egrégio **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO** determinando que:

“O Princípio da Vinculação ao edital não pode ser interpretado de forma tão rigorosa a ponto de sobrepor-se ao objetivo da licitação e ao interesse público. As eventuais irregularidades formais constatadas não se mostraram prejudiciais aos outros participantes do certame, e, ainda, não constituíram ofensa ao princípio da igualdade e isonomia”. (TRF 4ª Região. 3ª Turma. Mas nº 11.700-0/pr. DJU 03 abr. 2002. Revista Fórum Administrativo – Direito Público. Vol. 16. Ano 2. Jun. 2002).

22. Pela leitura analítica da doutrina e jurisprudência em tela, verifica-se que a Recorrente merece ser classificada para o certame, até por uma questão de obediência ao *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*.

23. Lembrando, ademais, que o egrégio **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** já manifestou sua preocupação com os excessos ao afirmar que:

“A interpretação dos termos do edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta” (STJ - MS: 5869 DF 1998/0049327-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 11/09/2002, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07.10.2002 p. 163).

O *Edital*, no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as

partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objeto é determinar o *objeto da licitação*, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.

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...

Segurança Concedida (MS nº 5.418/DF. STJ. Min. Demócrito Reinaldo).

24. Vale destacar também o ensinamento do mestre *Theotônio Negrão* ao advertir que:

“A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil (...). Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando ‘contra legem’, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda as aspirações da justiça e do bem comum” (Min. Sálvio de Figueiredo, em RSTJ 26/378; a citação é da p. 384)” (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 1995, p 161).

25. Superada, desta maneira, as alegações de que mesmo o edital indicando a apresentação de atestado de Capacidade técnica na data da licitação e ele não ter sido apresentado por mero esquecimento, a sua existência já era conhecida antes do processo licitatório ocorrer, ou seja, já existia antes da data da licitação. Porém, ainda que pudesse ser defendida a tese de que houve erro da Recorrente, a mesma exegese leva à conclusão de que o suposto equívoco não é relevante o suficiente para arrimar a manutenção da respeitável decisão administrativa ora objurgada.

26. Ao cabo, transcreve-se a magistral lição de *Carlos Maximiliano* no sentido de que:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente; não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou absurdas” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 2ª edição, Porto Alegre: Ed. Globo, 1933, p. 183).

Dos Pedidos

27. Por todo o exposto, a Recorrente requer a Vossa Senhoria o conhecimento do presente recurso administrativo, pois tempestivo, para no mérito dar-lhe integral provimento, determinando a reforma da respeitável decisão administrativa objurgada e a consequente habilitação em relação ao processo licitatório 02/2023, por ser esta a única medida dotada de obediência aos princípios da isonomia, da moralidade, da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Termos em que pede,

E Aguarda Deferimento.

Itajaí/SC, 13 de março de 2023

Diego Bogo Rapachi
Administrador
CPF 477.804.278-62