

CÂMARA MUNICIPAL DE MACAÉ

DIRETORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 009/2024, PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 1019/2024.

A empresa BRAZÃO TUR LTDA., com sede à Estrada Francisco da Cruz Nunes, nº 5428, sala 101, Piratininga, Niterói CEP: 24350-310, inscrita no CNPJ 05.486.166/0001-83, Inscrição Municipal nº 120851-1 e CREA/RJ Nº 2017201834, representada neste ato pelo Diretor Sra. Kamille de Cassia Jesuino Brazão, CPF: 079.597.627-59, vêm, tempestivamente, por meio deste INTERPOR:

### RECURSO

Ao PREGÃO ELETRÔNICO Nº 009/2024, PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 1019/2024, pelos fatos e fundamentos que se seguem:

#### **EM RELAÇÃO A INABILITAÇÃO/DESCCLASSIFICAÇÃO PELA APRESENTAÇÃO DA GARANTIA TARDIA**

A ora recorrente fora desclassificada com a alegação de não ter apresentado a garantia da proposta sobre o valor estimado, com data anterior ao pregão.

Contudo, a exigência da garantia pré habilitatória é inconstitucional pelo simples motivo de que a regra supramencionada é incompatível com o art. 37, inciso XXI, da Carta Política de 1988, a seguir destacado:

*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.*

Não há dúvidas que a exigência de garantia de proposta afeta a igualdade de condições a todos os concorrentes, ou seja, afeta negativamente os licitantes, implicando em custos e perdas, já que ao final do certame apenas um licitante deverá ser contratado para a execução do objeto previsto no edital. Todos os demais serão onerados com uma obrigação desnecessária, e que não propicia qualquer vantagem para

O Tribunal de Contas da União – TCU, em entendimento firmado analisando certame embasado na Lei nº 8.666/1993, posicionou-se pela inviabilidade de cobrança de garantia de proposta antes da fase de habilitação, para não permitir o conhecimento antecipado das empresas que efetivamente participariam do certame:

Licitação. Qualificação econômico-financeira. Garantia da proposta. Momento. É irregular a exigência de prestação de garantia da proposta antes da data de apresentação dos documentos de habilitação, pois não encontra amparo na Lei 8.666/1993 e permite o conhecimento antecipado das empresas que efetivamente participarão do certame, o que pode comprometer o caráter competitivo da licitação.

É evidente que a o requisito de garantia pré-habilitatória traz ao licitante um ônus incompatível com a fase disputa, sendo evidente que afasta a competitividade e isonomia do certame, uma vez que obriga ao licitante assumir obrigações, mesmo que temporárias, totalmente desproporcionais.

Assim passamos a observar que a empresa em momento de envio de documentos habilitatórios encaminhou a apólice do seguro garantia compatível com a proposta apresentada. Sendo a desclassificação da empresa BRAZÃO TUR, a adoção de um excesso de formalismo no presente certame.

O foco é garantir a melhor proposta sem ferir a igualdade entre as licitantes. Por vezes as Comissões de Licitação e os Pregoeiros se encontram em uma situação deveras complicada em que a autora da proposta mais vantajosa apresenta documento em desconformidade com o edital. Bem, é aí que entra o formalismo moderado.

O formalismo moderado pode se traduzir à análise do objeto do documento em detrimento à forma como é apresentado, ou seja, o crivo exarado deve levar em consideração se o documento em análise é capaz de atender ao objetivo que lhe é proposto, independentemente de seu aspecto formal, claro, observando a segurança jurídica e o grau de certeza fornecido pelo documento. Vejamos os Acórdãos 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 - ACÓRDÃO 357/2015 (PLENÁRIO)

REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE LEVANTAMENTOS BATIMÉTRICOS PERIÓDICOS NOS ACESSOS AQUAVIÁRIOS DOS PORTOS DA COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO. PRESENÇA DE REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA CAUTELAR. INABILITAÇÃO INDEVIDA POR FALHAS DE FÁCIL CORREÇÃO. AUSÊNCIA DE

COMUNICAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO PRÉVIA À DESCLASSIFICAÇÃO. POSSÍVEL IMINÊNCIA DA ASSINATURA DO CONTRATO. CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DO PREGÃO. OITIVA. COMUNICAÇÕES. REFERENDO. ANÁLISE DAS RESPOSTAS À OITIVA. INFORMAÇÃO DE QUE O CONTRATO JÁ HAVIA SIDO FIRMADO ANTERIORMENTE À REPRESENTAÇÃO. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. PERMISSÃO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, PARA A CONTINUIDADE DO AJUSTE, COM A VEDAÇÃO DE SUA PRORROGAÇÃO. CIÊNCIA. COMUNICAÇÕES. ACÓRDÃO 988/2022 – PLENÁRIO

REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. SUPERINTENDÊNCIA REGINAL DA POLÍCIA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO. PREGÃO INTERNACIONAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS TÁTICOS E SEUS RESPECTIVOS ACESSÓRIOS. INABILITAÇÃO DA EMPRESA MAIS BEM CLASSIFICADA EM RAZÃO DA NÃO APRESENTAÇÃO DE LAUDO/CERTIFICADO DE QUALIDADE DE CAPACETES. MEDIDA CAUTELAR SUSPENDENDO O CERTAME, CONFIRMADA MEDIANTE O ACÓRDÃO 2.667/2021-PLENÁRIO. OITIVAS. ILEGALIDADE DE EXIGÊNCIA DOCUMENTAL DURANTE A FASE DE HABILITAÇÃO, POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE TEMPO SUFICIENTE PARA VIABILIZAR A APRESENTAÇÃO DE CERTIFICAÇÃO POR PARTE DE LICITANTES. ACÓRDÃO 1.211/2021-PLENÁRIO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO À JURISDICIONADA PARA RETORNO À FASE RECURSAL DO CERTAME.

A Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos estabelece uma gama de documentos para a comprovação de que a empresa eventual contratada tem capacidade para atender a demanda pública. O objetivo dessas documentações é evitar que se contrate uma empresa que não venha cumprir com o contrato, ou mesmo o faça de forma parcial e insatisfatória, prejudicando a Administração e causando danos ao erário. O formalismo moderado estabelece: se a empresa consegue alcançar o objetivo, consegue demonstrar que é capaz de atender a demanda, não há motivos para ser excluída da licitação apenas porque a forma como apresentou seus documentos estão em dissonância ao exigido no edital (desde que haja segurança).

O excesso de formalismo é presente naquelas desclassificações ou inabilitações por erros mínimos que não afetam o julgamento ou, obscuridades que podem ser sanadas sem infringir o tratamento igualitário entre as licitantes.

Observando a possibilidade de saneamento de pequenos defeitos que não comprometem o julgamento igualitário da licitação, cito uma obra um pouco mais antiga, porém com um pensamento bastante contemporâneo do doutrinador Adilson Abreu Dallari, que assim diz:

Existem claras manifestações doutrinarias e já há jurisprudência no sentido de que na fase de habilitação não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade.

Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase da habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes.

O formalismo moderado é justamente acabar com as inabilitações/desclassificações por motivos rasos, por erros ínfimos e insignificantes, isso tem por objetivo resguardar a própria finalidade da licitação, entretanto, de forma alguma quer dizer que a Administração irá se desvincular de seu instrumento

convocatório, apenas que deve haver uma visão mais razoável, evitando que seu julgamento provoque uma contratação mais onerosa.

Nesta mesma seara podemos citar a decisão do Mando de Segurança (1ª Seção: MS nº 5.869/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ):

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida.

O excesso de formalismo pode por vezes ser encarado como dano ao erário, o que pode vir a acarretar inclusive responsabilidade ao agente autor da decisão. Em outros casos provoca a nulidade dos atos fazendo retornar às fases anteriores. Observamos do Acórdão n. 1924/2011 (Plenário) do Tribunal de Contas da União:

Enunciado: Constitui-se excesso de rigor a desclassificação de licitantes por conta de erro formal na apresentação da proposta e da documentação exigida. [...] 9.4.1 tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram as empresas concorrentes no âmbito do Pregão Eletrônico nº 26/2010, bem como todos os atos deles decorrentes, os quais desclassificaram suas propostas, bem como os que homologaram o certame e adjudicaram o objeto, retornando a avença à fase de habilitação;

Em suma, o que podemos abstrair do tema é que, em momento de desclassificação/inabilitação de uma empresa licitante, devemos observar se não estamos lançando mão de um formalismo exacerbado, sob pena de perder uma proposta mais vantajosa para a Administração que pode posteriormente culminar na declaração de nulidade dos atos tomados.

Isto posto pugna pela reforma da decisão que desclassificou a empresa BRAZÃO TUR, visto a possibilidade da administração alcançar uma proposta mais vantajosa.

#### DA HABILITAÇÃO DA EMPRESA L. P. DE OLIVEIRA

Em relação a documentação apresentada pela empresa, nos deparamos com uma falta de comprovação de documentos, visto não serem apresentados a documentação complementar.

No ComprasNet, vislumbramos documentos de atribuição fiscal, contudo em relação as certidões fiscais a exemplo estaduais, são expedidas certidão de regularidade da fazenda e da PGE, não sendo possível fazer constar ambas no sistema ComprasNet.

Em continuidade as certidões expedidas pelos cartórios distribuidores, não foram visualizadas

por esse licitante, junto a documentação acostada. SENDO CERTO QUE ESSAS NÃO PODEM SER ACOSTADAS NO SISTEMA COMPRASNET.

No tocante ao prazo e tratamento diferenciado a empresa L.P. Oliveira, a empresa teve prazo para envio de documentação totalmente diferenciado das demais participantes. Isso se demonstra de forma evidente pelo chat, bem como pelas propostas readequadas enviadas e elaboradas em datas diferentes.

Neste cerne, em concordância ao princípio da Soberania Constitucional, a Lei nº 14.133-2021 veda de forma imperativa a utilização de quaisquer, ato, cláusula e/ou condição, julgamento que discriminem ou afaste o caráter competitivo do certame, bem como estabeleça preferências, distinções ou situações impertinentes ou irrelevantes para especificar o objeto do contrato.

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Neste sentido a doutrina de Hely Lopes Meirelles, versa sobre esse tema:

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais. O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio do poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. (grifo nosso). ( MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed Ed. Malheiros Editores. São Paulo:2002. pg. 262. 20)

Podemos destacar, também, Marçal Justen Filho em sua obra, aduz:

“Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes.” “Um dos caracteres mais marcantes da Lei nº 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação.”

É certo que o procedimento em referência é ato licitatório disciplinado pela lei 14.133/21.; que deve observar princípios:

- **Moralidade:** comportamento escorreito, liso e honesto da Administração;
- **Legalidade:** disciplina a licitação como uma atividade vinculada, ou seja, prevista pela lei, não havendo subjetividade do administrador;
- **Publicidade:** transparência dos atos da Administração Pública;

**Julgamento objetivo:** vedação da utilização de qualquer critério ou fator sigiloso, subjetivo, secreto ou reservado no julgamento das propostas que possa elidir a igualdade entre os licitantes. Artigo 44, da Lei 8666/93, entre outros;

- **Eficiência:** O princípio da eficiência foi positivado primeiramente no Art. 37 da Constituição Federal pela EC 19/95 que introduziu no estado brasileiro a Reforma Administrativa Gerencial (Reforma Bresser), a linha mestre desta reforma agora também trazida na lei de licitações impõe a necessidade de se observar não somente realizar as licitações com o menor dispêndio de energia e recursos possíveis, mas principalmente, pelo deslocamento da centralidade de controle dos aspectos formais e procedimentais para o controle de resultados, as decisões do processo administrativo de contratação devem observar o melhor aproveitamento possível dos atos já realizados como forma de conferir ao processo licitatório a celeridade no atingimento das metas da administração pública.

Outrossim, o excesso de rigorismos bem como as a falta de tratamento isonômico, aduz a possível PRÁTICA FRAUDULENTA DE DIRECIONAMENTO DO CERTAME A EMPRESAS ESPECÍFICAS, sendo essa prática tipificada na LEI 14.133/21:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Concluimos que esta municipalidade ao estabelecer especificações minuciosas, utilizar-se de documentos de comprovação técnica inviabiliza a competitividade limitando de forma habitaria o objeto do certame, culminará na nulidade do procedimento com a responsabilização dos agentes públicos, nos termos acima expostos.

Isto posto requer:

- O reconhecimento do excesso de formalismo conforme discorrido, assim revertendo a decisão que desclassificou essa recorrente.
- Caso essa municipalidade entenda por não reclassificar a empresa BRAZÃO TUR, que julgue procedente os argumentos apresentados e desclassifique a ora classificada L.P. OLIVEIRA, pelos fatos e fundamentos discorridos.
- A devida citação dos recorridos, para querendo apresentar contrarrazões, sob pena de se operarem os efeitos da revelia, caso entenda que exista a necessidade.
- O conhecimento e deferimento desse recurso, conforme discorrido, para assim evitar danos ao processo licitatório.

Niterói, 06 de novembro de 2024.

Kamille de Cassia Jesuíno Brazão

BRAZÃO TUR LTDA ME