



CARLOS MENDES
ADVOCACIA

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE NOBRES/MT.

ILUSTRÍSSIMA SENHORA, NADIR DA SILVA, DD. PREGOEIRA DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO, DA PREFEITURA MUNICIPAL DE NOBRES/MT.

PREFEITURA MUNICIPAL DE NOBRES

Proc. Nº Protocolo: 591/2018 Data: 19/04/2018 Hora: 15:20

Interessado: ODORIZZI MATERIAIS PARA CONSTRUÇOES LTDA EPP

Assunto: 0020-DOCUMENTOS

PROTOCOLO RECEBEU RECURSO ADMINISTRATIVO DE ODORIZZI MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA-EPP, CONTRA ADECISAO DESSA DIGNA COMISSAO DE LICITAÇÃO QUE INABILITOU O RECORRENTE

PREGÃO PRESENCIAL SRP Nº 08/2018.

ODORIZZI MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA – EPP, nome fantasia (Catarinense materiais para construções), pessoa jurídica, inscrita no CNPJ sob o nº 33.722554/0001-51, localizada na Av. Juscelino Kubitschek, nº 436, Centro, Nobres/MT, representada neste ato pelo sócio-proprietário **ALAN PIERRE ODORIZZI**, brasileiro, casado, RG nº 999.400 SSP/MT e CPF 650.319.541-91, residente e domiciliado na Avenida Fillinto Muller, nº 4339, Centro, Nobres/MT, CEP 78460-000, e-mail odorizzi@vsp.com.br, por seu advogado (documento anexo), vem com fulcro na alínea “ a “, do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8666 / 93, à presença de Vossa Senhoria), a fim de interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que inabilitou o recorrente, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:



1. PRELIMINARMENTE

1.1 DA TEMPESTIVIDADE

É de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada antes do prazo estipulado em lei, inciso XVIII, do artigo 4º, da Lei 10.520/2002, que assim trata a questão:

“XVIII – declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos; a divergência quanto ao prazo ser contado em dias úteis ou corridos foi suprida pelo Edital item 14.2”

Assim sendo o recurso fora protocolado em tempo hábil.

1.2 DA LEGITIMIDADE DO RECORRENTE

Temos que interposição de recursos, no âmbito das modalidades licitatórias regidas pela Lei 8.666/93, deve observar ao que dispõe o seu art. 109, in verbis:

Art. 109 - Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

(...)

§1º. A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, **salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes** no ato



CARLOS MENDES
ADVOCACIA

em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

(...)

§3º. Interposto, o recurso será comunicado aos demais **licitantes**, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis (sem grifos no original).

Considerando isto, é possível afirmar que a interposição de recursos, em face dos atos de julgamento das propostas, habilitação/inabilitação, bem como, anulação/revogação de determinada licitação, será viabilizada tão somente aos licitantes participantes de determinado certame licitatório.

Neste sentido, no que concerne à aludida legitimidade recursal, vejamos os seguintes ensinamentos de Marçal JUSTEN FILHO:

A legitimidade recursal é atribuída àquele que participa da licitação (ou que se encontra em condições de participar dela) ou do contrato administrativo.

O recurso pode ser interposto, em princípio, pelo licitante, quando se tratar de impugnar atos praticados no curso da licitação.

Admite-se que, até cinco dias antes de encerrado o prazo para apresentação da documentação ou das propostas, qualquer interessado possa exercer a faculdade recursal. **Assim, por exemplo, um potencial interessado pode impugnar uma certa cláusula do edital. Se sua impugnação for rejeitada pela comissão de licitação, o particular está legitimado para o recurso.**

Também se faculta o recurso ao potencial participante da licitação, afetado por decisão atinente à inscrição própria ou de terceiro no registro cadastral (admissão, alteração ou cancelamento).

Não possui legitimidade para recorrer o terceiro que não participa da licitação ou não está inscrito em registro cadastral. Aquele que deixar decorrer o prazo para apresentar propostas perde legitimidade para interpor recurso. (...) Também carecem de legitimidade recursal os licitantes inabilitados ou desclassificados, relativamente aos eventos posteriores à sua exclusão. Não possuem, ainda, legitimidade recursal os não inscritos em registro cadastral relativamente às decisões correspondentes a tal registro.

Possuem legitimidade recursal, ainda, os contratantes com a Administração Pública, relativamente aos atos que se refiram ao contrato.

Não se admite, contrariamente ao que ocorre no Direito Processual, recurso ao terceiro prejudicado. A condição de terceiro elimina o cabimento do recurso. Se o terceiro for prejudicado, caber-lhe-á exercer o direito de petição (sem grifos no original). USTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.424. extraído:



CARLOS MENDES
ADVOCACIA

https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=11768&n=recursos-em-certames-licitat%C3%B3rios:-quem-pode-interpor?

Assim sendo a lógica do raciocínio é que legitimidade recursal é atribuída àquele que participa da licitação.

Portanto a empresa recorrente a legítima para apresentar as RAZÕES DO RECURSO.

1.3 DO EFEITO SUSPENSIVO.

A de se observar que o Edital não menciona com relação ao efeito suspensivo.

Dispõe o inciso XVIII do art. 11 do anexo I, do Decreto nº 3.555/00, que regulamenta o **pregão presencial**:

*“Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
XVIII - o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo;”*

Em razão deste dispositivo legal, inúmeros editais de **pregão** trazem cláusula editalícia estipulando que os recursos interpostos contra decisões do pregoeiro não possuem efeito suspensivo.

Discordo deste entendimento pois devemos nos pautar por direito mais novo, que é a Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que é resultado da conversão em lei da MPV nº 2.182-18, de 2001. Tal Lei Federal é silente sobre os efeitos em que deve ser recebido o recurso contra decisão do pregoeiro, e manda aplicar (art. 9º) subsidiariamente a Lei Federal nº 8.666/93., só me é possível concluir pela necessidade de conferir-se ao recurso o efeito suspensivo de que trata a Lei Federal nº 8.666/93, art. 109, §2º.

Preciso lembrar ainda que a própria tramitação do pregão descrita no Edital conduz à interpretação de que o recurso tem, sim, efeito suspensivo. Veja-se este dispositivo:

“Item 14.2. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, manifestar imediata ou motivadamente a intenção de recorrer cuja a síntese será lavrada em ata, sendo concedido o prazo de três dias úteis para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados apresentar contrarrazões pelo prazo comum de igual número de dias (...).

14.4 A falta de manifestação imediata e motivada do licitante na decadência do direito do recurso.

Parece-me muito claro que só permite ao Pregoeiro adjudicar o objeto ao licitante vencedor se não forem interpostos quaisquer recursos, ou, melhor ainda, se não houver qualquer manifestação de intenção de recorrer, o que sugere que, havendo manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, a licitação deve ser suspensa, pois não pode haver adjudicação pelo Pregoeiro.

Desta forma os efeitos em que devam ser recebidos os recursos, deve ser aplicada subsidiariamente a Lei Federal nº 8.666/93, precisamente o §2º do art. 109, que ordena que recursos sobre **habilitação ou inabilitação do licitante e julgamento das propostas** sejam recebidos no efeito suspensivo.

Defendo o entendimento de que a Lei Federal nº 8.666/93 aplica-se subsidiariamente à hipótese ora estudada, comungando dos ensinamentos do Professor Joel de Menezes Niebuhr, que magistralmente escreve:

*“O inciso XXI do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 assinala que ‘decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor’. Veja-se, portanto, que, antes de decidir o recurso, a autoridade competente não pode dar continuidade à licitação, não pode proceder à adjudicação. **Por isso conclui-se que os recursos administrativos interpostos nas licitações regidas pela modalidade pregão têm efeito suspensivo**, isto é, impedem que se dê continuidade ao processo de licitação enquanto não se decidir sobre eles. Ora, a próxima fase do procedimento, que é a adjudicação, repita-se, não pode ser levada a cabo se os eventuais recursos não forem decididos. **Se não fosse por isso, a Lei nº 8.666/93 deveria ser aplicada subsidiariamente ao pregão, mais precisamente o §2º do seu artigo 109, que prescreve, justamente, que os recursos contra os atos pertinentes à habilitação e ao julgamento apresentam efeito suspensivo.** Soma-se a isso que não haveria o menor sentido em autorizar a continuidade do procedimento licitatório antes da apreciação dos recursos, o que, praticamente, esvaziaria os propósitos deles.”*
(NIEBUHR, Joel de Menezes, Pregão Presencial e Eletrônico, Curitiba: Zênite, 2006, p. 235 - Grifei).

Assim, percebe-se claramente que também o Professor Joel Niebuhr entende que no pregão o recurso tem efeito suspensivo, por aplicação subsidiária do art. 109, §2º.

Aliás, questão interessante a esta discussão jurídica é: qual é a **utilidade** que existe em não se atribuir efeito suspensivo ao recurso contra a decisão do Pregoeiro? De novo: qual a utilidade? Ora, se houver interposição de recurso e a este for dado provimento pela autoridade competente, serão anulados os atos decisórios do Sr. Pregoeiro fulminados no julgamento em grau recursal administrativo, de maneira que não se atribuir efeito suspensivo aos recursos não

traz absolutamente nenhuma vantagem processual de ordem prática que melhor atenda ao interesse público da contratação.

A questão da ausência de utilidade de não se atribuir efeito suspensivo ao recurso contra decisões do pregoeiro, de habilitação/inabilitação de licitante e julgamento das propostas, foi também apontada pelo Professor Niehbur no trecho acima citado, parte final, e não passou despercebida ao ilustre Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, quando escreveu:

“5.5 Efeitos do recurso.

Tradicionalmente os efeitos do recurso são suspensivo e devolutivo. Suspensivo quando, como o próprio nome indica, suspende a decisão da qual se recorre; devolutivo porque devolve a autoridade que decidiu ou a seu superior o inteiro conhecimento da matéria. Todo o recurso tem o efeito devolutivo.

*Ao tempo da regulamentação pelo Decreto o recurso não tinha efeito suspensivo. Com o advento da Lei nº 10.520/2002, a questão ficou sem disciplinamento, **merecendo o melhor entendimento no sentido de se atribuir efeito suspensivo à decisão.***

***Fundamenta-se essa interpretação no fato de que não há utilidade em se dar seguimento a ato cujo exame de mérito pode alterar a sua substância.** Excepcionalmente, em tese, quando há nítido intuito protelatório.” (In: Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 3ª Ed., 2008, p. 607 - Grifei)*

Assim, deve ser aplicado o art. 109, §2º da Lei Federal nº 8.666/93, efeito suspensivo aos recursos contra decisões do Pregoeiro que versem sobre habilitação/inabilitação de licitante e julgamento das propostas, por ser este o melhor direito aplicável.

2. DOS FATOS SUBJACENTES.

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitacional a recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias.

No entanto, a douta Comissão de Licitação julgou a recorrente inabilitada sob a alegação na **primeira ata** que

“A empresa Odorizzi Materiais de Construção LTDA EPP, não foi credenciada por não apresentar as declarações que deveriam vir no credenciamento e o contrato social foi apresentado em cópia simples e não apresentou documentos de identificação. Sendo assim os participantes ODORIZZI MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA EPP e SUPERMERCADO FORTE BAMBIL LTDA ficará impedido de apresentar lance por não estar credenciado” na mesma ata da continuidade no certame e menciona que “A empresa ODORIZZI MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA EPP apresentou o pendrive sem o arquivo da proposta de preço. Sendo assim a pregoeira decide inabilitar a empresa participantes



ODORIZZI MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA EPP durante a fase de apresentação da proposta”.

Já na segunda ata datada com o mesmo dia e horário da primeira ata, narra “A empresa participantes ODORIZZI MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA EPP, apresentou pendrive sem o arquivo com a proposta de preço, Sendo assim a pregoeira decide Inabilitar a empresa participantes ODORIZZI MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA EPP, durante a fase de apresentação de proposta.

Assim por conter a pluralidade de atas datadas com o mesmo dia e horários demonstrando a falta de zelo e lisura no certame, sendo a primeira tendo a primeira narrado que a empresa recorrente nem teria sido credenciada por falta de documentos e a segunda ata narrando que a empresa recorrente teria sido inabilitada durante a fase de apresentação de proposta, dificulta até mesmo a defesa da empresa recorrente.

Portanto data máxima vênua a decisão de estripar a recorrente do certame não se mostra consentânea com as normas legais aplicáveis à espécie, como adiante ficará demonstrado.

3. AS RAZÕES DA REFORMA.

3.1 DUPLICIDADES DE ATA FALTA DE ZELO E LISURA NO PROCESSO LICITATÓRIO.

A administração pública tem o dever moral de resguardar o processo licitatório e a apresentação de 02 atas datadas com o mesmo dia e horário e com diferentes argumentos que estripou a recorrente do certame, torna o processo licitatório viciada, devendo assim a comissão declarar seus atos nulos.

As Atas de Reunião e Relatórios da Comissão são fundamentais dentro de uma licitação, pois devem relatar, fielmente, os acontecimentos ocorridos, notadamente, após a abertura dos envelopes de documentos e de propostas, não devendo haver a omissão de nenhum fato importante, sob pena de colocar em dúvida a lisura da Comissão de Licitação.

Portanto Senhores ao fazermos uma simples leitura nas atas ficam claro a falta de clareza, pois no primeiro momento a empresa recorrente não teria cumprido nem as exigências do credenciamento, ou seja, não teria entregue os documentos necessários pois entregou o contrato social em cópia simples e não apresentou documentos de identificação, já em outra ata não houve a menção quanto ao não credenciamento da recorrente mencionando apenas que teria sido desabilitada por apresentar o pendrive sem o arquivo com a proposta de preço.

Resta claro o vício do certame, pois não se pode haver 02 (duas) atas datada com o mesmo dia e hora e com diferente narrativa de acontecimentos do certame.

Assim em nome dos princípios legais da licitação requer a nulidade do processo licitatório.

3.2 AS RAZÕES DA REFORMA.

Por não saber qual ata realmente narrou de fato o que ocorreu no processo licitatório a empresa recorrente por zelo debaterá os argumentos de ambas.

No que condiz a fase de credenciamento alega a pregoeira que a recorrente entregou cópia simples do contrato social e não apresentou documentos pessoais, com isso a empresa ficou impedida de participar da fase de lances.

Na outra ata datada no mesmo dia e horário a comissão licitante não faz menção quanto ao credenciamento, apenas alega que a empresa recorrida esta inabilitada por não apresentar pendrive com o arquivo com a proposta de preços.

Já na ata de encerramento do dia 17/04/2018 a comissão registra em ata que a empresa recorrente tem intenção de interpor recurso e elenca os motivos os quais mencionado acima e acrescentando a falta de apresentação de declarações que deveriam vir no credenciamento, Vejamos:

“A empresa ODORIZZI MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA EPP, manifestou intenção de interpor recursos pelos seguintes motivos: O mesmo não foi habilitado por não apresentar o arquivo do mediador correto, não apresentou as declarações que deveriam vir no credenciamento e o contrato social foi apresentado em copia simples e não apresentou documentos de identificação”.

Vejam que nas atas em duplicidade do dia 16/04/2018 nenhuma faz menção da falta de entrega de declarações na fase de credenciamento, apenas alega em uma das atas que a empresa recorrente na fase de credenciamento não apresentou a documentos pessoais e apresentou o contrato social em copia simples.

Analizando isso a de se concordar que fazer um recurso com atas datadas no mesmo dia e horário com diferentes motivos do estripamento da recorrente do certame e para ajudar de brinde a comissão acrescenta na ata final do certame outro motivo que ensejou o não credenciamento da empresa recorrente, não e nada fácil. Fácil mesmo e coeso seria a comissão de licitação anular o processo e refazê-lo eis que esta eivada de vícios insanáveis

3.2.1 DO CREDENCIAMENTO



Como já narrado a empresa recorrente não teria sido credenciada por: falta de apresentação de documentos pessoais, apresentação do contrato social em cópia simples e falta de apresentação de declarações que deveriam estar no credenciamento.

3.2.1.1 DA APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE PLENO CUMPRIMENTO AOS REQUISITOS DA HABILITAÇÃO.

É sábio que para disputar um pregão presencial, a interessada deve apresentar, junto com o credenciamento, uma declaração atestando que cumpre, plenamente, os requisitos de habilitação. Essa declaração está prevista no inciso VII do artigo 4º da Lei 10.520/2002:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

VII – aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório; (grifou-se)

No pregão, como são abertos os envelopes de proposta antes de verificar a habilitação das concorrentes, o legislador estabeleceu a obrigatoriedade de que as interessadas em disputar o pregão declarassem, formalmente, que cumprem todas as exigências de habilitação estabelecidas no edital daquela licitação.

As propostas só devem ser abertas, depois de verificada a regular apresentação dessa declaração de todas as pretendentes à disputa, inclusive daquelas que não comparecerem à sessão e encaminharam os envelopes pelos Correios ou que os tenham protocolado antecipadamente.

Assim entendo que se o pregoeiro abriu o envelope da proposta da empresa recorrente esse vício foi sanado, entendo também que por tratar de pregão presencial poderia a pregoeira solicitar uma declaração de próprio punho.

Acredito que esse motivo, por si só, não justificaria uma desclassificação, pois esse vício pode ser sanado.

O certame foi realizado em sessão presencial com a presença da empresa licitante então poderia sanar esse problema com uma declaração firmada de próprio punho.



CARLOS MENDES
ADVOCACIA

Julgados do TCU reiteraram diversas vezes que erros formais não essenciais não constituem motivo suficiente para desclassificação, sob pena de descumprimento do princípio da razoabilidade. Nessas ocasiões, o Pregoeiro pode se utilizar da diligência para sanar erros que não alteram a substância das propostas, pois, caso contrário, seria contratado outro Licitante, muitas vezes com preços muito superiores, o que de fato ocorreu e certamente lesará o erário público.

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.

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. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

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.

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir 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-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 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”.

Assim sendo poderia a pregoeira ao verificar a ausência da declaração de pleno cumprimento aos requisitos da habilitação, requer do licitante que naquele momento fizesse a declaração de próprio punho, ou lhe desse ao menos chance de se manifestar quanto a ausência do documento.

Não penso que o procedimento seja simplesmente desclassificar o licitante. Penso sim que deva ser avaliado o impacto financeiro da ocorrência e verificar se a proposta, mesmo com a falha, continuaria a preencher os requisitos da legislação que rege as licitações públicas - preços exequíveis e compatíveis com os de mercado.

Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a Administração é o preço global contratado.

Portanto entendo que houve excesso de formalismo ao não credenciar a empresa recorrente, pois se ali estava era porque tacitamente estava concordando com os atos dos editais, além do mais o pregoeiro ao abrir o envelope do da empresa recorrente entendeu que esse estava em concordância com a norma do edital se assim não fosse nem abriria os envelopes.

3.2.1.2 NÃO CREDENCIAMENTO.

CONTRATO SOCIAL APRESENTADO EM CÓPIA SIMPLES.

Entendeu a Senhora pregoeira que a apresentação do contrato social da empresa deferia ser apresentado em cópia autenticada e por esse motivo não credenciou a empresa recorrente.

Pois bem importante mencionar que a empresa recorrente levou a original do contrato social e uma cópia simples, fez isso com o intuito da pregoeira por ter fé pública constar com o carimbo “confere com a original”, porém a pregoeira ao menos concedeu espaço para a manifestação da recorrente, agindo novamente com excesso de formalismo prejudicando a competitividade do certame.

Importante mencionar que no edital de licitação no item que faz menção ao credenciamento não diz que os documentos devem ser apresentados em cópias autenticadas.

O professor Joel de Menezes Niebuhr apostilou:

“[...] O ato de credenciamento é uma espécie de adiantamento parcial da habilitação, propriamente da habilitação jurídica. Nele, como visto, a Administração apura quem é o licitante, se ele tem capacidade – aos olhos do direito – para participar da licitação, e quem o representa. Esses são, justamente, os propósitos da habilitação jurídica, tal qual definida no artigo 28 da Lei 8.666/93. [...] a jurisprudência e a doutrina vêm assinalando que licitantes não devem ser inabilitados ou desclassificados de licitação pública em virtude do desatendimento de exigência meramente formal, que não se revista de utilidade prática ou que possa ser suprida por elementos ou dados que possam ser aferidos noutros documentos ou noutras informações que constem dos próprios autos do processo de licitação pública. Portanto – nessa percepção, apegada, sobremaneira, aos princípios da competitividade e razoabilidade [...]”

Nesse sentido, também se firma a jurisprudência do STJ e do TCU:

“[...] o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais[...]” [TCU, TC



004809/1999-8, Decisão 695-99, DOU 8/11/99, p.50, e BLC nº 4, 2000, p. 203]

“RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REVISÃO. FATOS. SÚMULA 07/STJ. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. PREGÃO. PROVA. REGULARIDADE FISCAL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. EDITAL. RIGORISMO FORMAL. DESPROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

[...] 6. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de se temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais vantajosa à Administração Pública, caso não se verifique a violação substancial aos demais princípios informadores deste procedimento.

Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, não provido”

[RECURSO ESPECIAL Nº 997.259 – RS (2007/0242400-1). Relator Ministro Castro Meira. STJ

Portanto poderia a pregoeira admitir contrato social de forma simples, verificar a original que estava em mãos da empresa recorrente e constar com carimbo confere com a original ou suspender a sessão com fundamento na competitividade e mandar a empresa apresentar o contrato social autenticado.

Assim por entender que o excesso de formalismo prejudicou a competitividade do certame o que causará prejuízos ao erário, assim deverá ser anulado.

3.2.1.3 DA FALTA DE APRESENTAÇÃO DE IDENTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DA EMPRESA.

Alega a pregoeira que o representante da empresa não apresentou cópia de identificação, contudo esse apresentou sua carteira de habilitação no ato e não foi aceito, novamente se nota o excesso de formalismo.

Além do mais ao analisar os documentos anexo no certame nota que no envelope de habilitação havia a cópia dos documentos de identificação do representante da empresa e assim poderia ter a pregoeira declarado a empresa recorrente temporariamente descredenciada e ao abrir o envelope declarar a



CARLOS MENDES
ADVOCACIA

empresa credenciada, esse procedimento não auferia vantagem para a parte tão pouco prejuízos para os demais concorrentes ou para o município.

O credenciamento de particulares na sessão de um PP serve para legitimar o representante legal (que se faz presente na sala de licitações) de cada licitante, a poder apresentar proposta de preços e documentos habilitatórios, propor lances durante a disputa de preços, ou ainda interpor eventual recurso em nome dela (a licitante), conforme previsto no inc. IV, art. 11 do Decreto Federal nº 3.555/2000:

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

V - no dia, hora e local designados no edital, será realizada sessão pública para recebimento das propostas e da documentação de habilitação, devendo o interessado ou seu representante legal proceder ao respectivo credenciamento, comprovando, se for o caso, possuir os necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

Os documentos exigidos para o credenciamento devem estar previstos no instrumento convocatório, que de um modo geral se resumem a uma carta de credenciamento (normalmente fornecido o modelo no próprio edital), acompanhada de cópia do contrato social da licitante e um documento de identidade válido no território nacional. Tais documento servem para comprovar que a pessoa ali presente está de fato e de direito legitimada a representar a licitante perante aquela Administração.

Joel de Menezes Niebuhr, lembra bem que:

Esses documentos dentro do envelope destinado aos documentos de habilitação. Os representantes dos licitantes devem trazê-los consigo e entregá-los ao pregoeiro em mãos. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1503)

Portanto, para que uma licitante possa prosseguir na disputa do pregão, fazendo uso de todos os recursos que a lei lhe garante (oferta de lances e interposição de eventuais recursos, por exemplo), deverá apresentar os documentos necessários para credenciar seu representante legal.

Os documentos pessoais do participante deve sempre ser exigido no credenciamento.

Ocorre que tal documento (documentos pessoais) também pode ser exigido como condição de habilitação jurídica prevista no inc. III do art. 28 da Lei Geral de Licitações – LGL (L. 8.666/93), e quando ocorre tal exigência pode um licitante deixar de apresentá-lo no credenciamento, pois o documento pessoal já se faz presente no seu envelope de habilitação.

É o momento em que se instaura uma polêmica: nesse caso, o pregoeiro pode não permitir o credenciamento do representante legal ou autoriza que ele abra o envelope de habilitação para retirada do contrato social? Ou ainda: aceita seu credenciado “temporário” até que seja aberto o seu envelope de habilitação, caso sagre-se vencedor da etapa competitiva do pregão?

Primeiramente, sublinhamos que a sessão de PP é dividida em diversas etapas, sendo o credenciamento a primeira delas, seguida pelo recebimento dos envelopes contendo proposta e habilitação de cada licitante, análise de conformidade das propostas (envelopes de habilitação ficam reservados, esperando o resultado da disputa de preços para ser aberto somente da licitante que ofertar o menor lance), disputa de preços através de lances orais, aplicação da regra de desempate ficto (envolvendo MEs/EPPs), negociação de preços com o detentor de melhor oferta, habilitação, declaração do vencedor, recursos, adjudicação e por fim, a homologação.

Importante é de ser lembrado que cada etapa do PP só poderá ser iniciada, quando encerrada por completo a anterior. Caso exista algum tipo de atropelamento de etapas, poderá o pregoeiro promover algum prejuízo a algum licitante ou a Administração, provocado pelo acometimento de uma nulidade.

No caso em tela, quando um determinado representante legal deixa de apresentar o documentos pessoais, em face deste documento já constar no envelope de habilitação da licitante, deve sim ser permitido que o particular abra tal envelope, retire-o e entregue ao pregoeiro para concluir o credenciamento. Nesse caso, se o pregoeiro decidir por não devolver tal documento ao credenciado, alegando que esse passará a constar nos autos do processo, não há que exigí-lo novamente do credenciado, caso venha a ter seu envelope de habilitação aberto mais tarde, pois estaríamos diante de uma prática de bis in idem, ou seja, exigência dupla de um mesmo documento.

Portanto, enquanto ocorre a etapa de credenciamento, o credenciado pode fazer o que bem entender com os envelopes de propostas e de habilitação, modificando seu conteúdo, incluindo ou retirando documentos, desde que se faça

isso até o momento em que o pregoeiro encerre o credenciamento e solicite a todos os participantes a entrega desses envelopes lacrados.

Portando haveria inúmeras maneiras conforme elencada acima e invocando o princípio da isonomia outros participantes puderam conforme narrado em ata se retirar da sessão para retirar cópias de documentos, então poderia a pregoeira no ato da apresentação dos documentos pessoais encaminhar o representante da empresa recorrente para tirar fotocópia de seus documentos pessoais.

Assim sendo novamente fica esclarecido que o excesso de zelo prejudicou a competitividade e fez com que a administração pública comprevesse produtos com preços superiores.

Superado os requisitos do credenciamento, passa-se para a habilitação.

4.DA HABILITAÇÃO

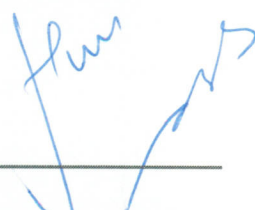
4.1 ENVELOPE CONTENDO A PROPOSTA.

Narra o edital no item 10.1 “ A proposta de preço deverá ser apresentada em única via datilografada ou impressa, redigida com clareza em língua portuguesa, salvo quando expressões técnicas de uso corrente, sem alternativa, emendas, rasuras ou entrelinhas, devidamente datada e assinada na última folha e rubricada nas demais pelo representante legal da empresa licitante”.

Já no item 10.2.4 narra “juntamente com a proposta impressa, deverá constar obrigatoriamente no envelope, pendrive contendo arquivo eletrônico fornecido juntamente com este edital. O arquivo deverá estar devidamente alimentado com os valores unitários e totais, item a item. O referido arquivo não poderá sofrer nenhuma alteração na sua nomenclatura”.

Pois bem a empresa licitante cumpriu com o item 10.1 e entregou dentro do envelope a proposta de preço impressa, infelizmente por problemas técnicos e não se sabe mencionar se foi problema no pendrive ou no computador utilizado pela pregoeira o arquivo que estava no pendrive não abriu, então a pregoeira decidiu inabilitar a empresa recorrente.

Importante frisar que a pregoeira não socorreu a outro computador da administração pública, eis que o problema poderia estar relacionado ao computador utilizado para abrir o pendrive.





CARLOS MENDES
ADVOCACIA

Depois a de se levar em consideração que a recorrente cumpriu com o que diz a lei do pregão, vejamos, lei 10.520/02.

Art. 4º, VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, (...)

Levando em consideração o que preleciona a lei a empresa recorrente cumpriu com o exigido, pois apresentou a proposta de preço oferecido de forma impressa.

Devemos entender que a alimentação de programa denominado mediador não é requisito essencial, na verdade é um complemento para facilitar e adiantar o processo licitatório, ou seja, é um plus no andamento, não podendo ser considerado essencial ao ponto de inabilitar aquele que trouxe para o processo sua planilhas de preço conforme estipulado em lei.

Importante considerar que o mais importante em um procedimento licitatório é a busca pela proposta mais vantajosa para os interesses da Administração, sem deixar de se observar os princípios que regem o direito administrativo, dentre eles o princípio da razoabilidade e o cuidado para não se deixar levar pelo excesso de apego ao formalismo, em detrimento da supremacia do interesse público.

O rigor exagerado, o excesso de burocracia no serviço público, diga-se em passaint, tem tornado a Administração Pública engessada e distante dos reais anseios da coletividade, bem como afastada dos negócios lícitos mais interessantes junto à iniciativa privada.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE CONCORRENTE FUNDAMENTADO NO NÃO ATENDIMENTO A NORMAS TRAZIDAS NO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO, QUANDO EVIDENCIADAS EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS OBJETIVOS DO PROCESSO LICITATÓRIO. INTERESSE PÚBLICO QUE SE SOBREPÕE ÀS VONTADES PARTICULARES. NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA COMPETITIVIDADE E IGUALDADE ENTRE OS CONCORRENTES. EDITAL QUE DEVE CONTER EXIGÊNCIAS MÍNIMAS NECESSÁRIAS À DEMONSTRAÇÃO DA HABILITAÇÃO DA LICITANTE. EMPRESA QUE ATENDE AOS REQUISITOS TRAZIDOS NA LEI N.º 8.666/93. ATO DA COMISSÃO LICITANTE QUE SE MOSTRA EXCESSIVO. INVALIDAÇÃO QUE SE IMPÕE. DIREITO

de propostas diante de simples omissões ou irregularidades. Assim se posiciona o mestre Hely Lopes Meirelles sobre a regra dominante em processos judiciais: “Não se decreta nulidade onde não houve dano para qualquer das partes.

Portanto injusto a decisão de inabilitar a empresa recorrente, pois o fato de não estar com o pendrive pronto para alimentar o programa utilizado para o pregão não geraria dano, pois as proposta de preço impressa estava no envelope.

Assim requer a nulidade do certame.

5. DO EXCESSO DE FORMALISMO.

A de observar que a todo momento a empresa recorrente manifestou no tocante ao excesso de formalismo o que causou a falta de competitividade e consequentemente prejuízos.

Porém se fossemos utilizarmos do mesmo formalismo que nos foi doado chegaríamos ao ponto de até mesmo impugnar a comissão licitante eis que foi composta por Nadir da Silva (pregoeira), Miguel de Barros (membro), Yuri Fernando da Silva Leite (membro), deste 03 membros só o Miguel de Barros está no quadro de efetivo do município, eis que Yuri Fernando da Silva Leite não pertence ao quadro de efetiva e Nadir da Silva foi cedida a previdência social e por logica não está atualmente no quadro de efetivos.

Assim sendo a comissão não possui 2/3 de funcionário efetivo.

Outro ponto importante é a falta de Isonomia entre os participantes sendo certo que ficou constado em ata que 02 (duas) empresas retirou da sessão entes do termino, e mesmo assim ao retornar no período da tarde pode dar lance.

É importante mencionar que o credenciado que se ausenta da sala da sessão do pregão, após o devido credenciamento: Não importa o motivo do representante credenciado ausentar-se da sessão, a ausência de representante tem o mesmo efeito do não-credenciamento. Ou seja, a empresa licitante não será excluída do certame, mas, a partir do momento da saída do representante da sessão, não será mais possível sua manifestação dali para frente.

Assim o fato de deixar um não credenciado dar lance vicia todo o processo licitatório, restando apenas a nulidade do certame.

6. DO PEDIDO





CARLOS MENDES
ADVOCACIA

Na esteira do exposto, requer-se seja julgado provido o presente recurso, com efeito para que, reconhecendo-se a ilegalidade da decisão hostilizada, como de rigor, admita-se a participação da recorrente na fase seguinte da licitação, anulando todos os atos posterior a fase de habilitação, não sendo esse o entendimento que se declara nulo o processo licitatório por haver vícios insanáveis.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93.

Termos em que,

Pede deferimento.

Rosário Oeste/MT 19 de abril de 2018.



CARLOS MENDES

ADVOGADO.