



ADVOGADOS

AOS CUIDADOS DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 112/2023 DO MUNICÍPIO DE POJUCA

FUTURA CLIMATIZAÇÃO E ENERGIA RENOVÁVEL DISTRIBUIDORA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 30.430.226/0001-93, sediada na Avenida Augusto Franco, 3097 Pavimento Térreo, Ponto Novo, CEP 49047-040, Aracaju (SE), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

A requerente participou da licitação Pregão Eletrônico nº 112/2023 que tinha por objeto a aquisição com instalação de aparelho de ar-condicionado e bebedouros industriais para as necessidades Administrativas do Município de Pojuca/BA, conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que durante a sessão pública ocorreram ilegalidades que motivaram a necessidade de apresentação do presente recurso administrativo, conforme argumentos de fatos e direito abaixo relacionados.

2. DOS MOTIVOS PARA RECLASSIFICAR A RECORRENTE FUTURA CLIMATIZAÇÃO E ENERGIA RENOVAVEL DISTRIBUIDORA COMERCIO E SERVIÇOS LTDA

2.1. DOS MOTIVOS PARA ANULAÇÃO DA INABILITAÇÃO E CONSEQUENTE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

Houve equívoco na inabilitação da recorrente, para demonstrar isto, primeiramente cabe explicitar as exigências do edital supostamente infringidas:

DECLASSIFICADO POR DESCUMPRIR O ITEM 15.2.4.2 DO EDITAL, NÃO PRESENTOU A CERTIDÃO SIMPLIFICADA DA JUCEB.

15.2.4.2. Prova de Capital Social, mediante apresentação de Certidão atualizada expedida pela Junta Comercial do Estado, nos seguintes valores mínimos:

- a) para o Lote I: R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais).
- b) para o Lote II: R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Note-se que diferente do entendimento do pregoeiro, houve real cumprimento dos requisitos de habilitação, visto que a empresa comprovou seu capital social através do balanço



ADVOGADOS

patrimonial e contrato social que foram apresentados à título de qualificação econômico-financeira, senão vejamos:

- Balanço patrimonial:

PATRIMÔNIO LÍQUIDO	341.332,13C
CAPITAL SOCIAL	580.000,00C
CAPITAL SUBSCRITO	580.000,00C
CAPITAL SOCIAL	580.000,00C

- Contrato Social:

CLÁUSULA VI - DO CAPITAL SOCIAL

O capital social será de R\$ 580.000,00 (quinhentos oitenta mil reais), dividido em 580.000 (quinhentos oitenta mil) quotas de valor nominal R\$ 1,00 (um real), integralizadas, neste ato em moeda corrente do país pelos sócios e distribuídos entre eles da seguinte forma:

Nome dos Sócios	Qty Quotas	Valor Em R\$	%
LUCILIA DOS SANTOS MERCES	580000	R\$ 580.000,00	100,00
TOTAL:	580000	R\$ 580.000,00	100,00

Portanto, não é razoável que a empresa, ainda que em documentação diversa, tendo apresentado capital social compatível com o solicitado no edital, seja desclassificada por tal motivo, por se caracterizar formalismo excessivo.

Evidente que o atendimento ao instrumento convocatório, mantendo-se o formalismo moderado e a isonomia entre as partes, é de observância obrigatória. No entanto, não é aceitável que haja interpretação legal equivocada, que somente importará em prejuízos de grande monta ao Órgão, sem que sejam sopesados os motivos e as consequências da desclassificação da melhor proposta.

Veja-se o entendimento do Tribunal de Contas da União:

Uma vez concedida a prerrogativa legal para adoção de determinado ato, **deve a administração adotá-lo**, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, até porque tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, apenas ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público. (Acórdão nº 694/2014 – Plenário, TCU)

A violação de princípios básicos da razoabilidade, da **economicidade**, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame. (Acórdão 6198/2009, TCU)

O princípio da economicidade vem expressamente previsto no art. 70 da CF/88 e representa, em síntese, na promoção de resultados esperados com o menor custo possível. É a união da qualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos.



ADVOGADOS

No entendimento de Marçal Justen Filho¹, para a Administração o preço representa o fator de maior relevância, em princípio, para seleção de qualquer proposta a licitação sempre visa à obtenção da melhor proposta pelo menor custo possível. Esse fator 'menor custo possível' é comum em toda e qualquer licitação; as exigências relativas à qualidade, prazo, etc; podem variar caso a caso, porém, quando se trata do preço, a Administração Pública tem o dever de buscar o menor desembolso de recursos, a fazer-se nas melhores condições possíveis.

Sendo assim, ao desclassificar a recorrente, a Administração está desviando da finalidade da licitação que é o interesse público, além de não estar adquirindo os produtos que foram ofertados por valores menores, em evidente desrespeito ao princípio da economicidade.

2.1.1. DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA REFERENTE À INABILITAÇÃO DA RECORRENTE

Diante dos argumentos acima apontados, e a fim de auxiliar na comprovação necessária para o deferimento dos argumentos pelo julgador, faz-se necessário a elaboração de diligência com intuito de **verificar que a empresa recorrente apresentou documentação que atende as exigências do edital.**

2.2. OBRIGATORIEDADE DE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

2.2.1. DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro ao inabilitar a recorrente acabou dando mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. Isso porque a comprovação de capital por meio do balanço patrimonial pode ser aceita sem qualquer prejuízo ao órgão licitante e demais concorrentes.

Cabe ressaltar que o princípio da vinculação ao edital, que é diametralmente oposto ao do formalismo moderado **não é absoluto**, devendo ser relativizado com a exigência do edital é inútil ou ilegal. Cabe ao julgador ponderar quando deve aplicar um princípio em face do outro.

Citamos, ainda, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a 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 da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a

¹ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos', 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, página 435



ADVOGADOS

adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa. (STF - RMS 23.714/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.09.2000, publicado no DJ de 13.10.2000, p. 21)

Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador. (STJ - ROMS 200000625558, rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 18/03/2002, p. 174)

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. (STJ - MS 199700660931, rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 01/06/1998, p. 24).

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:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

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 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos



ADVOGADOS

objetivos descritos no art. 11 da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

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 Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 5º da lei 14.133/2021 que dispõe sobre a vinculação da Administração 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- TCU - 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".

Desta forma, devidamente comprovado a exigência desarrazoada do pregoeiro do certame cabe a anulação deste ato.



ADVOGADOS

3. DO DIREITO GERAL

3.1. DA LEGALIDADE DE ABRIR PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIAS

O esclarecimento de possíveis dúvidas quanto o objeto deste recurso pode (e deve) ser feito com uma simples diligência, que ajudará a Administração a decidir pela procedência ou não do presente recurso.

Há possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme artigo 64, I da Lei Federal nº 14.133/2021.

A realização de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora, ou autoridade competente em presidir o certame, esbarra em alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

A diligência já deveria ter sido feita, pois não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória. Com brilhantismo e clareza, Marçal Justen Filho leciona:

A realização da diligência não é uma simples "faculdade" da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização." (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

Comumente se questiona a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do texto legislativo, isto porque o art. 64 da Lei Federal nº 14.133/2021 preconiza que:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Deste modo, a correta interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos, restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues



ADVOGADOS

inicialmente, por conseguinte, admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades, dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. Exemplo típico é o caso da inclusão de notas fiscais ou contratos que visam esclarecer a quantidade fornecida de determinado material, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, em relação a quantidade fornecida.

Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. (Ivo Ferreira de Oliveira, *Diligências nas Licitações Públicas*, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

Isto é afirmado pois a diligência não está condicionada a autorização prévia no instrumento convocatório ou ao pleito do particular, em verdade deve ser realizada de ofício visando salvaguardar a Supremacia do Interesse Público. Todavia, nada impede que na omissão da Administração, haja provocação do interessado para sua realização e quando suscitada será obrigatória, excetuada a decisão motivada e satisfatória que justifique a negativa.

Desta forma cabe a Administração promover a diligência ou justificar sua negativa.

4. DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento para:

- a) Declarar a recorrente vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.
- b) Que sejam anuladas todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, convocando as empresas para nova sessão pública.

Requer-se também que seja comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos pede deferimento.

Aracaju (SE), 12 de fevereiro de 2024.

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633