

À PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA CRUZ - PE

À Comissão Permanente de Licitação

Ilmo. Pregoeiro Sr. Juarez Guimarães da Silva

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO – SRP N° 004/2023 - PMSC

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 004/2023/PMSC

DNA MEDICAL DISTRIBUIDORA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF nº 43.689.429/0001-40, com sede à Rua em Projeto H, 6003-A, Qd E, Lot. 05, Monte Verde, Antares, Maceió/AL, CEP: 57.048-029, representada neste ato por seu mandatário **Sr. Caio Vitor Lemos Laranjeira Tenório**, brasileiro, casado, inscrito no CPF sob nº 056.606.774-95, RG 2002006048670 SSP/AL, com endereço eletrônico: contato@dnadist.com.br, e profissional supramencionado, tempestivamente, vem, com fulcro nos arts. 5º, XXXIV e LV, “a”, e 37, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, combinados com as determinações contidas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, mais precisamente o artigo 109, inciso I, alínea “a” e demais dispositivos legais pertinentes à matéria, perante Vossa Senhoria, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão proferida por essa respeitável Comissão Especial de Licitação que **INABILITOU** a empresa **RECURSANTE nos ITENS 05, 06 e 07**, no presente certame, tudo conforme adiante segue, **rogando, desde já, seja a presente dirigida à autoridade que lhe for imediatamente superior, caso V. S.^a não se convença das razões abaixo formuladas e, *spont propria*, não proceda com a reforma da decisão ora atacada.**

1. PRELIMINARMENTE - TEMPESTIVIDADE

É o presente Recurso Administrativo plenamente tempestivo, uma vez que a manifestação imediata e motivada contra r. Decisão do Ilmo. Pregoeiro ora com batida, se deu no dia 24 de fevereiro de 2023.

Sendo o prazo para a apresentação da presente medida recursal de 03 (três) dias a contar da admissão do recurso, tem-se como limite, o dia 01 de março de 2023, conforme determina o subitem 18.4 do Edital epigrafado e art. 4º inciso XVIII da Lei 10.520/2002, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas.

Requer a remessa à autoridade competente, caso não haja a Reconsideração da Decisão.

2. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O art. 4º, inc. XVIII, Lei nº 10.520/02, diz que, declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, concedendo-lhe o prazo de até três dias para apresentação das razões do recurso. Vejamos:

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

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;

O Ilmo. Pregoeiro, em sede de recurso administrativo, deve receber este, e, pode nesta ocasião do recebimento, **pelo princípio da autotutela, reconsiderar a sua decisão**. Do contrário, remete os autos do processo licitatório à autoridade superior para decisão em duplo grau.

A Lei nº 8.666/93 é subsidiária à Lei nº 10.520/02, no tocante, também, aos recursos administrativos. Diz a lei:

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

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.”

Destarte, cabe destacar que de acordo com o Princípio da Revisibilidade, **tem o administrado o direito de recorrer de decisão que lhe seja desfavorável**. Tal direito só não existirá se o procedimento for iniciado por autoridade do mais alto escalão administrativo ou se for proposto perante ela.

3. DO INTRÓITO NECESSÁRIO

A **Prefeitura Municipal de Santa Cruz - PE** instaurou o competente Processo Licitatório na modalidade Pregão Eletrônico objetivando “o eventual **fornecimento de gêneros alimentícios**, para elaboração da merenda escolar, destinado aos alunos da rede municipal do ensino fundamental, ensino infantil, creches, pré-escola, Brasil Carinhoso, EJA, com entrega parcelada, durante 12(doze) meses, CONFORME SOLICITAÇÃO EXPRESSA DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO”.

Consoante o previsto no Instrumento Convocatório do Pregão em epígrafe, a Sessão de abertura deu-se início no dia 22/02/2023, ocasião em que após deliberações preliminares, o Ilmo. Sr. Pregoeiro seguiu com a fase de lances, para todos os itens **do Termo de Referência**, concluindo apenas, no dia 24/02/2023.

Finalizada a fase de lances e negociação, a Licitante Recursante foi considerada detentora da melhor proposta para os itens: **05, 06, 07,10, 14, 15 e 16**, contudo, conforme se destaca, o Sr. Pregoeiro INABILITOU a DNA MEDICAL DISTRIBUIDORA LTDA, para os itens 05, 06 e 07, por esta não apresentar Atestados de Capacidade Técnica para estes itens, em quantidade igual ou superior a 5%, conforme exigência de Cláusula 13.4.1 do Instrumento Convocatório. Ocorre que,

a mencionada cláusula traz texto confuso, onde primeiro exige: “**que comprove a empresa licitante ter executado a qualquer tempo o objeto ora licitado, igual ou similar**”. OBJETO IGUAL OU SIMILAR – depois, em sequência, segue com a redação: “**do quantitativo estabelecido no item ou itens**”. Questiona-se: A COMPROVAÇÃO DO QUANTITATIVO EXECUTADO É EM RELAÇÃO AO OBJETO, QUAL SEJA, GÊNEROS ALIMENTÍCIOS OU TEM QUE SER POR ITEM A ITEM (O QUE É ILEGAL, por não constar na letra da Lei, Doutrina ou Jurisprudência)?

Ademais, a cláusula 13.4.1 **não promove a competitividade**, o que possibilitou a restrição da competição ao universo de licitantes. Trata-se de cláusula que restringe o caráter competitivo do certame e fere o princípio da isonomia.

Vale ressaltar que citada cláusula não está em consonância ao que é exigido por Lei, pois não figura no rol daqueles adstritos aos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93 e **não pode ser exigido**, em reverência ao princípio da competitividade, **VISTO QUE, O SUBITEM 13.4.1 TROUXE INOVAÇÕES AO EXIGIR QUE HOUVESSE COMPROVAÇÃO DE QUANTITATIVO DE ITEM EM ITEM** (Não há inovação na Lei Geral das Licitações, Lei 8.666/93). Destarte, tem-se que (com anotações e grifos nossos):

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á a: [ROL TAXATIVO]**

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, **quantidades** e prazos **com o objeto da licitação**, (...); **[COMO SE PODE OBSERVAR, SEM INTERPRETAÇÃO DIVERSA, A COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO É REFERENTE AO OBJETO, ENTÃO DEVERAS, O OBJETO DO CERTAME EM EPÍGRAFE É: GÊNEROS ALIMENTÍCIOS – DESSA FORMA, SOLICITAR, QUE A COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA SEJA DADA DE ITEM A ITEM, É ILEGAL E RESTRITIVA]**

§ 4º Nas licitações para **fornecimento de bens**, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Destarte, ao inabilitar esta RECURSANTE por não apresentar documento diverso ao elenco dos arts. 28 ao 31 da Lei 8.666/93, que nas palavras de Marçal Justen Filho “deve ser reputado como máximo e não como mínimo.¹”, o Ilm.º Pregoeiro incorre na mesma conduta combatida em sede de Mandado de Segurança nº 0700168-19.2017.8.02.0006, onde o Ministério Público de Alagoas instado a se manifestar sobre o objeto da lide para aquele caso, ponderou que “...ao exigir a apresentação de documentação não elencada nos artigos supramencionados, **o Edital fere os princípios da ampla concorrência, acessibilidade e razoabilidade. ... Ante ao exposto, em que pese o disposto no parágrafo único do artigo 12 da Lei 12.016/2009, o Ministério Público PUGNA pela concessão do mandamus, ao tempo que REQUER a extinção do processo com resolução do mérito...**”.

Ainda, no mesmo teor de discussão, qual seja, COMPROVAÇÃO DE QUANTITATIVO DE 5% DE ITEM A ITEM, a LICITANTE FRANCISCO ANTONIO BATISTA – EPP **NÃO LOGROU ÊXITO**, PARA OS ITENS 03, 06, 07, 11 e 12, **CONTUDO, FOI HABILITADA**. Senão, vejamos:

ITEM	QUANTITATIVO ESTIMADO	QUANTITATIVO EXIGIDO PARA COMPROVAÇÃO 5%: ITEM 13.4.1	QUANTITATIVO COMPROVADO PELA ADJUDICANTE FRANCISCO
03	10.000 kg	500 kg	100 kg
06	3.000 kg	150 kg	100 kg
07	3.000 kg	150 kg	0 kg
11	9.000 kg	450 kg	100 kg
12	3.000 kg	150 kg	100 kg

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 14ª ed, Editora Dialética, 2010, p. 400.

Em regra, não era para a Empresa FRANCISCO ANTONIO BATISTA – EPP ser INABILITADA? QUESTIONA-SE: Por que a Licitante Recursante foi inabilitada para os itens 05, 06 e 07, com a justificativa de inobservância da cláusula 13.4.1, e, no entanto, o mesmo Pregoeiro habilitou outra, que, em igual sentido, também teria inobservado a mencionada cláusula? Tem-se ainda que, esta Adjudicante não comprovou capacidade técnica para o mesmo item que a Recursante fora inabilitada, a saber item 07. Não se trata aqui, de INOBSERVÂNCIA do PRINCÍPIO DA ISONOMIA?

Por fim, este Ilmo. Pregoeiro **deixou de selecionar proposta mais vantajosa** para a Administração Pública, em detrimento dos argumentos supra elencados, adicionados ao fato de adjudicar o item 05 mediante **proposta onerosa para esta Prefeitura**, visto que, a Adjudicante (JOÃO BOSCO A. DE SOUZA-ME - 2ª colocada) ofertou valor de R\$ 12,50 para o item BISCOITO DOCE TIPO MARIA, enquanto a Recursante ofertou lance de R\$ 9,90.

Nesse contexto, a Recursante, objetivando expor de forma inequívoca que a decisão, ora emitida por essa respeitável e douta Comissão Especial de Licitação merece reforma, pede-se vênha para atestar que tal não se mostra consentânea com as normas legais aplicáveis à espécie, como adiante ficará demonstrado.

4. DO MÉRITO

4.1 DA REDAÇÃO INSERIDA PELO SUBITEM 13.4.1

O edital deve sempre **explicitar de forma clara, objetiva e detalhada**, as condições que os documentos exigidos devem ser apresentados, consoante redação do art. 40, inciso VII da Lei 8.666/93, que reza:

VII – critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

O Instrumento Convocatório e seus anexos devem ser claros e coerentes, conforme determina o art. 40 da Lei 8666/93, **não deixando margem para dúvidas ou interpretações dos licitantes**. Não pode o edital dar margem a inúmeras interpretações. A respeito do assunto, cabe colacionar lição de Marçal Justen Filho (com grifos nossos):

A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. **Não seria exagero afirmar que os equívocos na elaboração dos editais constituem-se em fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da Lei nº 8.666. (...)**

O resultado é o **surgimento de conflitos intermináveis, a exclusão de licitantes idôneos, a desclassificação de propostas vantajosas e assim por diante.**

É necessário a Administração eliminar o costume de aproveitar editais de licitações anteriores. Em vez de adotar esse princípio de inércia gerencial, cada licitação deve ser planejada com racionalidade. (...)

Depois, **o edital tem de ser claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias. Não é admissível transformar a licitação em uma espécie de prova de habilidade, recheada de armadilhas e exigências ocultas. Não é cabível a simples repetição das expressões legislativas, para que o licitante descubra o que, no caso concreto, a Administração pretende.**

(...) Nada impede – muito ao contrário, **é desejável – que o edital estabeleça regras objetivas, aplicáveis a todas as propostas, para superação de possíveis defeitos.** (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009, p.515).

O Instrumento Convocatório trouxe texto confuso ao manifestar as exigências contidas no subitem 13.4.1, vejamos:

13.4.1 - Apresentação de no mínimo 01(um) Atestado (s) de Capacidade Técnica, **que comprove a empresa licitante ter executado a qualquer tempo o objeto ora licitado, igual ou similar**, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente assinado, **em quantidade igual ou superior a 5% (cinco por cento) do quantitativo estabelecido no item ou itens.** No referido atestado deverá constar no mínimo: razão social, C.N.P.J., endereço e contato do órgão emissor, nome completo e C.P.F. da pessoa que o emitiu.

TEXTO INEXTRICÁVEL, VISTO QUE, PRIMEIRO EXIGE COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE OBJETO IGUAL OU SIMILAR – EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO – DEPOIS, DE FORMA RESTRITIVA, NO MESMO TEXTO, EXIGE QUANTITATIVO DE ITEM A ITEM, QUAL SEJA, IGUAL: INABILITANDO A RECURSANTE, VISTO QUE, A DNA TROUXERA COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE QUANTITATIVO DE ACORDO COM O OBJETO, QUAL SEJA, GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, O QUE NÃO PRECISA SER

NECESSARIAMENTE COM ITENS IDÊNTICOS, ACEITANDO-SE SIMILARES – VALE DESTACAR, QUE O OBJETO DO CERTAME NÃO É MUNIDO DE COMPLEXIDADE.

4.2 DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EXIGIDO EM SUBITEM 13.4.1: EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUANTITATIVO DE 5% DE ITEM A ITEM, E NÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

Ab initio, faz-se mister observar que a exigência promovida pelo subitem 13.4.1, NÃO consta no rol taxativo apresentado pela Lei 8.666/93 (arts. 27 a 31), que disciplina **os requisitos necessários** para a habilitação nas licitações, limitando o rol de exigência (*in casu*) – art. 30 – DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA: mediante a comprovação da capacidade técnica dos licitantes, e da sua aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível **com o objeto da licitação (no caso concreto: GÊNEROS ALIMENTÍCIOS)**. Subitem, *in fine* (COM COMENTÁRIOS – repete-se - E GRIFOS NOSSOS):

EDITAL:

13.4.1 - Apresentação de no mínimo 01(um) Atestado (s) de Capacidade Técnica, **que comprove a empresa licitante ter executado a qualquer tempo o objeto ora licitado, igual ou similar**, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente assinado, **em quantidade igual ou superior a 5% (cinco por cento) do quantitativo estabelecido no item ou itens**. No referido atestado deverá constar no mínimo: razão social, C.N.P.J., endereço e contato do órgão emissor, nome completo e C.P.F. da pessoa que o emitiu.

LEI 8.666/93:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á a: [ROL TAXATIVO]**

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, **quantidades** e prazos **com o objeto da licitação, (..); [COMO SE PODE OBSERVAR, SEM INTERPRETAÇÃO DIVERSA, A COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO É REFERENTE AO OBJETO, ENTÃO DEVERAS, O OBJETO DO CERTAME EM EPÍGRAFE É: “GÊNEROS**

ALIMENTÍCIOS” – DESSA FORMA, SOLICITAR, QUE A COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA SEJA DADA DE ITEM A ITEM, É ILEGAL E RESTRITIVA]

§ 4º Nas licitações para **fornecimento de bens**, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

A lei determina que a comprovação da aptidão deverá ser feita, em conformidade com a exigência designada no rol habilitatório consoante nos artigos 27 a 31 da Lei das Licitações. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:”. O termo “limitar-se” estabelece que o rol de documentos é taxativo, e não exemplificativo, o que implica que **não poderão ser solicitados outros documentos que não os constantes dos incisos do referido artigo. In casu, a exigência cabível, seria a comprovação de quantitativo compatível com o OBJETO, Gêneros Alimentícios. Contudo, foi exigido o quantitativo de item por item, ou seja, exatamente igual.**

Nesse mesmo sentido, o Pleno do Tribunal de Contas da União proferiu o seguinte posicionamento:

No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal **estão adstritos àqueles previsto nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93.** (TCU – Acórdão 2056/2008 Plenário – Ministro Relator: Raimundo Carreiro – Julgamento em: 17/9/08). (grifou-se)

Vejamos, ainda, trecho do voto da Conselheira Relatora Marli Vinhadeli em decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal, *in verbis*:

Nos termos da Constituição Federal, o processo de licitação pública somente permitirá as exigências de qualificações técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI).

A Lei 8.666/93 define a documentação que poderá ser exigida para comprovar habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal. (...). TCDFT - Processo nº 19890/07².

² Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/sistemas/DocsWord/Ord/Relatorio/2007/06/125942.doc>>. Acesso em 27 fev. 2023.

Em análise sistemática, **se a Lei Geral de Licitações veda a existência de qualquer cláusula ou condição que frustre o caráter competitivo**, se o rol dos artigos 27 a 31 é taxativo, ou seja, se não admite que a autoridade amplie suas exigências, à **Autoridade Administrativa é vedado incluir no ato convocatório do certame, como condição de habilitação a apresentação do documento com peculiaridades em vergasto.**

Ao elucidar questionamentos acerca dos documentos de habilitação, Marçal Justen Filho explica:

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. **O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.**³ (grifou-se)

Vale ressaltar que a Administração deve se abster de impor restrições ao caráter competitivo do certame, e ainda, que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

§ 1º o **É vedado aos agentes públicos:**

I – admitir, **prever, incluir** ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas** ou condições que comprometam, **restringam ou frustrem o seu caráter competitivo**, (...); (grifos nossos)

Ainda, é preciso que se visualize o procedimento licitatório não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para se concretizar o direito material, **prestigiando-se o interesse público.** É a ideia da instrumentalidade do procedimento, que também é de ser aplicada.

Apesar desse entendimento, escorado na mais abalizada doutrina administrativista, não é incomum verificar distorções em decisões administrativas, aonde se verifica um prestígio ao rigorismo formal desarrazoado, **sob a falsa ideia de se estar cumprindo a lei, ou ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.**

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – 14ª ed, Editora Dialética, 2010, p. 400.

4.3 DA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO E DA OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO

Sabe-se, que a jurisprudência dos tribunais, e em especial, a do Tribunal de Contas da União, é a de que o gestor responsável por licitações públicas **deve ampliar o universo de licitantes, incentivar a competitividade do certame e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública**, sem jamais afastar-se dos princípios esculpido no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, *in verbis* (com grifos nossos):

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Logo, as exigências editalícias devem caracterizar-se, em essência, como um processo competitivo direcionado a SELECIONAR A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO.

Pois bem, no presente caso, temos que a Recursante em observância aos itens dispostos no referido Edital, anexou de forma diligente e cuidadosa, todos documentos exigidos para sua habilitação. Destarte, a NÃO reforma da Decisão, ora impugnada, ensejará em uma adesão a um formalismo exacerbado, em excesso de apego à forma, ignorando o conteúdo das declarações apresentadas, o que tem sido incessantemente combatido pelos Tribunais.

Com habitual precisão, Hely Lopes Meirelles ensina que:

*A orientação correta nas licitações é a **dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar** (...). É um verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam nas suas distorções rotineiras e **complicar aquilo que o formalismo inútil e as exigências de uma documentação custosa afastam muitos licitantes** e **levam a Administração a contratar com uns***

poucos, em piores condições para o Governo. MEIRELLES, Hely Lopes.

Direito Administrativo Brasileiro. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 376.

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho, o “princípio do formalismo procedimental” passa a noção de que as regras procedimentais adotadas para a licitação **devem seguir parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo.** CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25ª Ed. rev. ampl. atual.; Atlas, São Paulo, 2012, p.246.

Todavia, é preciso atentar para que, no cumprimento desse princípio, não se peque pelo “formalismo”, consistente no apego exacerbado à forma e à formalidade, a implicar à absoluta frustração da finalidade precípua do certame, que é a de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Não são raros os casos em que, por um julgamento objetivo, porém, com apego literal ao texto da lei ou do ato convocatório, se excluem licitantes ou se descartam propostas que, potencialmente, representariam o melhor contrato para a Administração.

Em julgamentos, o TCU vem decidindo, reiteradamente, pela adoção do princípio do formalismo moderado. Nesse sentido são as seguintes decisões (com grifos nossos):

“No curso de procedimentos licitatórios, **a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado,** que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados”. TCU. acórdão 357/2015-Plenário, j. 4.3.15.

“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”. TCU, acórdão 119/2016-Plenário, j. 27.1.16.

“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”. TCU. Acórdão 2302/2012-Plenário, j. 29.8.12

Por fim, é imprescindível a observância ao Princípio da Razoabilidade e, em última análise, ao bom senso, na interpretação e aplicação das normas vigentes.

Afinal,

a Administração está constrangida a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins. Não seria legal encampar decisão que impusesse exigências dissociadas da realidade dos fatos ou condições de execução impossível. O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...** 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, citando MS nº22.050-3, T. Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 4.5.95, v.u. DJ de 15.9.95.

Cabe ressaltar, que de acordo com a Legislação que rege o presente Certame, é indispensável que os princípios que regem o instituto da licitação sejam respeitados, **a fim de se evitar vícios em todo o certame.**

Não ocorrida a compatibilidade da declaração volitiva desta CPL com os Princípios e Enunciados legais, tal **ato deve ser retirado do mundo jurídico**, já que, ultrapassando os restritos limites normativos, **ocasiona um ônus descabido aos particulares.**

4.4 DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Como trazido no Intróito Necessário, os itens do quadro colacionado, a saber: 03, 06, 07, 11 e 12, FORAM EQUIVOCADAMENTE ADJUDICADOS A FRANCISCO ANTONIO BATISTA – EPP, pois, esta Licitante também NÃO apresentou comprovação de capacidade técnica, nos moldes da cláusula 13.4.1, qual seja, COMPROVAÇÃO DE QUANTITATIVO NO **PERCENTUAL FIXADO DE ITEM EM ITEM.**

Se, a Recursante fora inabilitada pelos motivos expostos pelo Ilmo. Sr. Pregoeiro, questiona-se a HABILITAÇÃO DA FRANCISCO ANTONIO BATISTA – EPP, JÁ QUE COMO DEMONSTRADO, NÃO COMPROVOU O QUANTITATIVO NO PERCENTUAL MÍNIMO DE 5%

PARA OS ITENS ADJUDICADOS. COMO SE PODE OBSERVAR, NÃO FORA DADO O MESMO TRATAMENTO PARA AMBAS CONCORRENTES, INOBSERVANDO ASSIM, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Causa estranheza, tal ato contraditório, visto que fora dado tratamento distinto para ambas Licitantes, as quais, segundo o Instrumento Convocatório DEVERIAM COMPROVAR CAPACIDADE TÉCNICA, MEDIANTE INOVAÇÕES DE EXIGÊNCIAS QUE RESTRIGEM O CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

Assim, o Princípio da Isonomia considerado um instrumento regulador das normas, para que todos os destinatários de determinada lei recebam tratamento parificado, FORA NEGLIGENCIADO.

A Constituição Federal prevê, no seu art. 37, XXI, a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante a observação do princípio da isonomia, assegurando a todos os concorrentes a igualdade de condições. A obrigatoriedade da aplicação do princípio é reiterada no art. 3º da lei 8.666/93.

Cabe ao Julgador, em casos que haja qualquer tipo de questionamento à aplicação ou não da isonomia, usar do princípio da proporcionalidade afim de que não sejam comprometidos o nem o interesse público nem a equidade entre os concorrentes, para que assim a licitação ocorra de forma justa e que venha a sanar as necessidades que ela se propõe.

As ações administrativas devem ser determinadas por termos objetivos, da forma mais transparente possível, garantindo, assim, a observância dos princípios consagrados pelo art. 37 do CF/88, sobretudo o da impessoalidade e isonomia.

5. DOS PEDIDOS

Ex positi, assim é que se REQUER a essa respeitável Comissão Especial de Licitação:

- a. o reconhecimento da tempestividade do presente recurso, nos termos do art. 109, I, alínea “a” da Lei nº 8.666/93;
- b. que se digne a rever e reformar a decisão exarada, mais precisamente, a que julgou a **RECURSANTE INABILITADA** no presente certame, para os itens 05, 06 e 07, reformando ainda a decisão de Adjudicar os itens para as Licitantes FRANCISCO ANTONIO BATISTA –

EPP (ausência de comprovação de capacidade técnica – inobservância do princípio da isonomia e adjudicação de proposta não vantajosa) e JOÃO BOSCO A. DE SOUZA-ME (adjudicação de proposta não vantajosa), pelos motivos expostos no INTRÓITO NECESSÁRIO e MÉRITO;

- c. que seja retomada a condução do certame, com a **ADJUDICAÇÃO DOS ITENS LICITADOS, garantindo vantagem a esta Municipalidade relativamente a menores preços contratados;**
- d. não sendo deferido o pedido acima formulado, REQUER que se digne Ilmo. de fazer remessa do presente recurso à autoridade que lhe for imediatamente superior, a fim de que a mesma o aprecie, como de direito;
- e. que sejam intimadas as demais licitantes para, querendo, impugnam o presente recurso administrativo;
- f. a suspensão do certame até que o presente recurso seja julgado em última instância, nos termos do Art. 109, § 2º da Lei Federal 8.666/93.

Assim, por ser justo e totalmente razoável, espera-se por um parecer favorável quanto às considerações expostas e requeridas.

Termos em que, pede deferimento.

Maceió/AL, 01 de Março de 2023.

Caio Vitor Lemos Laranjeira Tenório
CPF: nº 056.606.774-95
(Diretor)