

Pregão/Concorrência Eletrônica

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Ref.: EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2023 TJAM

Objeto: registro de preços para eventual fornecimento de Mobiliário para atender ao Tribunal de Justiça do Amazonas.

Prezados Senhores,

Esta licitante participou deste certame sagrando-se vencedora inicialmente quanto ao Grupo 1 e itens 35, 42 e 43. Ocorre que posteriormente, já na fase de habilitação, tendo sido todos os itens já ACEITOS e verificada toda documentação desta RECORRENTE, a Administração notou a ausência do Termo de Abertura e Encerramento do Balanço Patrimonial deste licitante (item 16.4.2, alínea "a.1" do Edital), assim em diligência foi solicitado tal documento do no prazo de 2 horas – encerrando o mesmo às 14:30 (horário de Brasília).

Tendo em vista que para tal exigência se fazia necessário entrar em contato com o contador desta empresa, o que poderia demorar um pouco, foi solicitado dilação de prazo até as 16:30, como horário limite para apresentação do documento solicitado. Assim sendo, após muita correria, conseguimos entregar o documento às 16:44h (conforme podemos observar da Ata deste certame). Ou seja, considerando 14 minutos de atraso no envio de um documento meramente formal – que não se mostra útil, dado não conter qualquer informação para fins de averiguação da capacidade econômico financeira da empresa - o Pregoeiro fez cumprir o disposto no item 14.10 do Edital para desclassificar este licitante, em notório apreço ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório em detrimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, seleção da proposta mais vantajosa, economicidade.

Tal ato faz com que o Estado venha a pagar cerca de R\$ 52.000,00 (CINQUENTA E DOIS MIL REAIS) a mais, isso considerando apenas o Grupo 1 no qual este recorrente foi desclassificado, sem levar em consideração os itens 35, 42 e 43 os quais esta recorrente se sagrou vencedora na etapa de lances.

Vejamos o item 14.10 do edital:

14.10 Se a proposta não for aceitável, se a licitante deixar de enviá-la, se deixar de atender solicitação feita na forma da Cláusula 14.6 ou não atender às exigências habilitatórias, o(a) pregoeiro(a) examinará a proposta subsequente e, assim, sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração daquela que atenda aos requisitos do Edital.

Não somente isso, tal atitude do Estado – em desclassificar este recorrente - também revelou extrema desconexão com a real necessidade de se exigir Demonstrativos Contábeis em licitações, explico, a Lei Nº8666/93 exige que o órgão licitante solicite dos concorrentes os Demonstrativos Contábeis com o fito intuito de que seja verificado a capacidade da empresa em honrar seu compromisso assumido perante a Administração, para isso se faz necessário a análise, por intermédio de índices contábeis, do Ativo, Passivo, Patrimônio Líquido, Receitas e Despesas da empresa. Ora, para isso NÃO se mostra imprescindível um Termo de Abertura e Encerramento do Balanço Patrimonial.

Porém, a Administração preferiu se apegar à forma, ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, na contramão do que prega a Doutrina, Jurisprudência, Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União (TCU), cujas decisões, em matéria de licitações e contratos, devem ser acatadas pelos demais órgãos da Administração, conforme Súmula Nº 222 TCU:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Súmula 222 -TCU)

Inicialmente, não se pode negar que o formalismo constitui importante medida de segurança e previsibilidade dos atos e contribui para garantir o devido processo legal e o cumprimento dos direitos do particular e dos interesses da Administração. No entanto, deve-se ter em mente que o processo administrativo, em especial o licitatório, não representa um fim em si mesmo, mas um meio para o atendimento das necessidades públicas. Neste sentido, o professor Adilson Dallari esclarece:

“a licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho leciona que:

“Não se desconhece que no direito público é fundamental o princípio da solenidade dos atos, mas as formas têm que ser vistas como meio para alcançar determinado fim. Portanto, insistimos em que se tem por criticável qualquer exagero formal por parte do administrador. Se a forma simples é bastante para resguardar os direitos do interessado, não há nenhuma razão de torná-la complexa.”

Aqui, vale fazer um pequeno recorte. É sabido que na atuação do judiciário há historicamente um certo apego ao formalismo. Há, inclusive, robusta crítica à denominada jurisprudência defensiva, frequentemente utilizada pelos Tribunais Superiores, que consiste na valorização dos requisitos formais em desfavor do direito discutido.

Diante deste raciocínio o TCU entende que se entende que o princípio da formalidade não pode ser utilizado como barreira à concretização da finalidade dos atos e tampouco pode ser exigido quando dispensável, em especial, nos processos administrativos, vejamos:

“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. Relator: Bruno Dantas. Data do julgamento: 04/03/2015)

Na evolução legislativa da matéria, a nova lei de licitações (Lei. 14.133/2021) consagrou expressamente o formalismo moderado ao prever, no inciso II, do art. 12, que o desatendimento de exigências meramente formais, que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo. Vejamos:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

III - O DESATENDIMENTO DE EXIGÊNCIAS MERAMENTE FORMAIS QUE NÃO COMPROMETAM A AFERIÇÃO DA QUALIFICAÇÃO DO LICITANTE OU A COMPREENSÃO DO CONTEÚDO DE SUA PROPOSTA NÃO IMPORTARÁ SEU AFASTAMENTO DA LICITAÇÃO OU A INVALIDAÇÃO DO PROCESSO;

Neste caso, em um possível conflito de princípios, a opção do legislador foi o de privilegiar o formalismo moderado - e o princípio da vantajosidade - em detrimento do princípio da segurança jurídica.

O rigorismo formal é rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência, que privilegiam a atuação voltada à concretização do interesse público. Sob esse aspecto, passando para a análise de uma situação hipotética, vivenciada na praxe administrativa, a inabilitação da empresa licitante por mera irregularidade formal não deve prevalecer quando não afetar a objetividade e efetividade de sua proposta.

Ademais, não se pode olvidar que a atuação da Administração Pública, no âmbito das licitações, deve ser norteada pelos princípios insculpidos no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93 e na Lei Federal nº 14.133/2021, em seu art. 5º, razão pela qual o apego e excesso ao formalismo em detrimento de sua finalidade acaba por contrariar o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

O Tribunal de Contas da União tem asseverado, nas decisões que versam sobre desclassificação e inabilitação de empresas em processos administrativos, que devem prevalecer os princípios da ampliação da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa em detrimento do formalismo. Vejamos:

(...)

12. Como bem salientado pela Selog, a decisão dos Correios de desclassificar a proposta da ora REPRESENTANTE PRIVILEGIOU O FORMALISMO EM DETRIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE E DA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. COM EFEITO, A OFERTA DA LOTUS DF SERVIÇOS E LOGÍSTICA EIRELI, CASO ACEITA, REPRESENTARIA UMA ECONOMIA DE R\$ 469.332,85 ANUAIS, PODENDO ATINGIR R\$ 2.346.664,25 AO LONGO DE CINCO ANOS, PERÍODO MÁXIMO PRORROGÁVEL.

Inclusive, o TCU vem conferindo uma interpretação ampla ao art. 43, §3º da Lei Federal nº 8.666/1993, entendendo pela mitigação do formalismo AINDA QUE DIANTE DA PRÓPRIA AUSÊNCIA DO DOCUMENTO. Desta forma, convém destacar um excerto dos fundamentos lançados pelo Ministro Relator Augusto Sherman no Relatório de Auditoria TC-002.147/2011-4:

ENTENDE-SE O RESPEITO À VINCULAÇÃO AO EDITAL NÃO DEVE SUPERAR OS OBJETIVOS MAIORES DA LICITAÇÃO, CONSISTENTES NA AMPLA CONCORRÊNCIA E NA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, sobretudo porque as falhas cometidas pelas referidas empresas, a princípio, não provocaram qualquer reflexo em suas propostas, e sua aceitação não feriria a isonomia entre os concorrentes e não teria qualquer efeito indesejável na execução do contrato, somente caracterizando excesso de formalismo em detrimento da competitividade do certame. (TCU. 002.147/2011-4. Relato: Augusto Sherman, j. 06.12.2011)

Não é outro senão este o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que em diversas oportunidades adotou como causa de decidir o formalismo moderado. Senão, vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. DOCUMENTO DECLARADO SEM AUTENTICAÇÃO. FORMALISMO EXACERBADO. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior possui entendimento de que NÃO PODE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DESCUMPRIR AS NORMAS LEGAIS, EM ESTRITA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, previsto no art. 41 da Lei n. 8.666/1993. Todavia, o Poder Judiciário pode interpretar as cláusulas necessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar da concorrência possíveis proponentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp n. 1.620.661/SC, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 3/8/2017, DJe de 9/8/2017.)

Neste outro julgado, o STJ afastou o rigorismo formal na fase de habilitação do processo licitatório, optando pela primazia da finalidade ao apreciar os documentos comprobatórios da capacidade econômico-financeira da empresa licitante. Vejamos:

(...)

3. A despeito da necessária vinculação aos instrumentos convocatórios, “RIGORISMOS FORMAIS EXTREMOS E EXIGÊNCIAS INÚTEIS NÃO PODEM CONDUZIR À INTERPRETAÇÃO CONTRÁRIA À FINALIDADE DA LEI, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º)” (REsp 797.170/MT, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 7/11/2006).

Esta linha de raciocínio que orienta os Tribunais de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça expressa uma verdadeira ponderação de princípio, uma vez que estabelece no caso em concreto um maior peso ao princípio do formalismo moderado, bem como ao princípio da razoabilidade em detrimento ao princípio da legalidade, ao da vinculação ao instrumento convocatório e ao do julgamento objetivo. Além disso, acaba por privilegiar, via de regra, o princípio da proposta mais vantajosa para a Administração.

O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DEVE SER VISUALIZADO COMO MEIO PARA ATINGIMENTO DE UMA FINALIDADE PÚBLICA PRIMÁRIA E NÃO COMO FONTE DE PRIVILÉGIO DE DETERMINADOS AGENTES QUE SE REVELAM MAIS PREPARADOS PARA CUMPRIR O EDITAL, mas não necessariamente o objeto do certame. Nitidamente, a Lei Federal nº 14.133/2021 veio trazer uma nova perspectiva ao princípio do formalismo moderado, previsto de forma implícita ante a tímida previsão do art. 43, §3º da Lei Federal nº 8.666/93, demonstrando a evolução legislativa da matéria e a conformidade ATUAL com o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

Percebe-se, portanto, o quanto é urgente e necessário o desfazimento deste ato, sob pena de Representação aos órgãos de Controle, uma vez que o agir da Administração se mostrou em total desconformidade com o atual entendimento da Doutrina, Jurisprudência e Tribunais.

Assim, diante de todo o exposto, requer:

1 - Seja considerada HABILITADA, e assim declarada VENCEDORA, a empresa BETEL MOVEIS LTDA (CNPJ 30.746.178/0001-47) para o GRUPO 1, ITENS 35, 42 E 43, em face da primazia do interesse público e da escolha da proposta mais vantajosa, pois não se pode prezar pelo formalismo exacerbado em detrimento da real finalidade da licitação que é a satisfação do interesse público, conforme exposto acima.

Voltar