

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA NITERÓI PREVIDÊNCIA

REFERÊNCIAS: Pregão Presencial nº 003/2023, que tem como objeto a contratação de prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva em sistemas, equipamentos e instalações de ar condicionado na Niterói Prev, com fornecimento de mão de obra, insumos, ferramentas e reposição de peças (recomendadas pelo fabricante) que se revelem necessários para o serviço, o qual teve sua sessão de abertura em **13/06/2023 às 10h00**.

Q FRIO CLIMATIZAÇÃO E ELÉTRICA LTDA, inscrita no Cadastro de Pessoa Jurídica sob o nº **11.275.421/0001-41**, com sede na Rua Joaquim Nabuco, nº 103, Vila Teixeira - Salto/SP, **ORA RECORRIDA**, vem, respeitosamente, com fulcro na inciso XVIII, do art. 4º da Lei nº 10.520/2002; no inciso XVIII do art. 7º do Decreto Municipal nº 9.614/2005, com aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/93; e, no **subitem 10.2** do edital de Pregão Eletrônico nº 003/2023, apresentar suas **CONTRARRAZÕES** para devida análise e acolhimento, em face das razões recursais apresentadas pelas empresas: **LUKE'S ENGENHARIA LTDA ME, ENGEPLAN CONSTRUÇÃO E REFORMA LTDA** e **OAM COMERCIAL E SERVIÇOS**, acerca da inequívoca decisão da douta comissão que a inabilitou no referido certame.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente cabe consignar que, de acordo com o inciso XVIII, do art. 4º da Lei nº 10.520/2002; do inciso XVIII do art. 7º do Decreto Municipal nº 9.614/2005 e do **subitem 10.2** do edital de Pregão Eletrônico nº 003/2023, o prazo para apresentação das contrarrazões **é de 3 (três) dias úteis** contados após o término do prazo de apresentação das razões, o qual findou-se em 20 de junho de 2023. Logo, considerando que o prazo final de apresentação das contrarrazões **esgota-se em 23 de junho de 2023**, a presente manifestação mostra-se **tempestiva**.

2. DOS FATOS

A RECORRIDA participou do Pregão Eletrônico nº 003/2023, visando à contratação de prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva em sistemas, equipamentos e instalações de ar condicionado na Niterói Prev, o qual teve sua abertura no dia **13/06/2023 às 10h00**.

Após a fase inicial de credenciamento, foi realizada a etapa de abertura dos envelopes de propostas de preços, que classificou a proposta da RECORRIDA como a menor apresentada.

Ato contínuo, com base no subitem 11.3 do edital, a comissão abriu prazo para o encaminhamento da planilha de composição de custos, a fim de garantir da exequibilidade da proposta apresentada pela RECORRIDA, solicitando assim, no prazo de 2 (dois) dias úteis.

Por ocasião do retorno da sessão em 15 de junho de 2023, após o recebimento e análise da planilha apresentada pela RECORRIDA, a comissão julgou sua proposta aceita.

Deste modo, considerando que não houve interesse de nenhum dos participantes em cobrir a proposta da RECORRIDA, a classificação, após a etapa de lances, ficou assim:

- 1. Q FRIO CLIMATIZAÇÃO E ELÉTRICA LTDA (RECORRIDA) - R\$ 37.932,00**
- 2. OAM COMERCIAL SERVIÇOS EPP - R\$ 82.000,00**
- 3. LUKES ENGENHARIA LTDA - R\$ 114.600,00**
- 4. ENGEPLAN CONSTRUÇÃO E REFORMAS LTDA ME - R\$ 211.249,92**

Sagrando-se vencedora, a RECORRIDA teve seu envelope de habilitação aberto e minuciosamente analisado pela douta comissão, em máxima observância aos princípios basilares das licitações, como a economicidade e busca pela proposta mais vantajosa, resultando na correta decisão de habilitação da RECORRIDA.

Porém, como em qualquer processo licitatório, a decisão que favorece um proponente, fatalmente enseja inconformismo aos demais participantes, que se utilizam dos meios apropriados para se insurgirem, na tentativa de buscar uma reconsideração que lhes propicie a vitória da disputa.

E neste certame não foi diferente, pois houve a manifestação recursal de 03 (três) concorrentes: **OAM COMERCIAL SERVIÇOS EPP, LUKES ENGENHARIA LTDA e ENGEPLAN CONSTRUÇÃO E REFORMAS LTDA ME**, trazendo em suas razões, argumentos que, não obstante se tratarem de meras formalidades procedimentais, acreditam ser suficientes para a reforma da decisão em total descompasso com a satisfação do interesse público, conforme passaremos a expor.

Esse foi o resumo do essencial.

3. DO DIREITO

3.1. PROLEGÔMENOS

À guisa de início, cabe registrar por oportuno, que, todas as teses ventiladas pelos concorrentes representam tentativas sofridas de minúcias procedimentais apegadas à forma e a um condenável rigorismo que se fosse aplicado, certamente resultaria em significativo prejuízo para esta Administração, que se veria confrontada a justificar o dano de, pelo menos, 44 mil reais resultante de um formalismo exacerbado em detrimento **da busca pela proposta mais vantajosa do certame.**

Importante ressaltar que o objetivo do procedimento licitatório não é identificar a empresa que seja mais cautelosa na preparação dos documentos, como se um jogo fosse, mas sim, identificar a proposta que represente o menor preço e que seja apresentada por uma empresa proba, que consiga comprovar os requisitos mínimos habilitatórios exigidos.

Desta feita, em observância a melhor didática e objetividade, elencamos abaixo o apanhado de todos os apontamentos apresentados pelas 3 (três) concorrentes, a fim de, na sequência, rebatermos

cada um, propiciando justificativas confortáveis e seguras para a manutenção da decisão que habilitou a RECORRIDA.

Em suma, os apontamentos foram:

1. Não apresentação da Declaração de Cumprimento dos Requisitos Habilitatórios (Anexo IV);
2. Não apresentação das declarações de Inexistência de Penalidades (subitem 7.2 - A) e de Idoneidade (Anexo V);
3. Não apresentação da declaração relativa ao cumprimento do Art. 7º, inciso XXXIII, da CF;
4. Não apresentação da inscrição estadual ou municipal (subitem 9.1.2, "b") e da regularidade estadual (subitem 9.1.2. "c.2");
5. Declaração de Visita Técnica assinada por pessoa diversa (Anexo VI)
6. Falta de informações ou inexecuibilidade na Planilha de composição de Custos.

Registre-se ainda que, considerando a proximidade conceitual da natureza dos apontamentos acima, a maioria das teses defensivas que serão apresentadas servirá de aplicação comum a todos. No entanto, buscaremos sutilmente direcioná-las de modo a assegurar a melhor defesa para cada um.

Desde já, este subscritor pede desculpas pelo aparente excesso de palavras, porém considerando a quantidade de apontamentos, fez-se necessário debruçar-se de modo mais detido, não só combatendo cada tese, como também trazendo os entendimentos mais atualizados dos nossos tribunais de contas, conforme se verá no último tópico desse trabalho (item 3.8), o qual recomenda-se a máxima atenção dessa douda comissão.

3.2. DA NÃO APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS HABILITATÓRIOS (ANEXO IV);

De plano, é notório que a Declaração de Cumprimento dos Requisitos Habilitatórios prevista no Anexo IV **foi apresentada**, ainda que não na forma prevista no subitem 7.2, ou seja, fora dos envelopes.

Aqui temos o primeiro exemplo clássico do que seria um rigorismo excessivo à forma, evento pacificamente rechaçado pelos tribunais judiciais e de contas.

Douta comissão, considerando que a Lei nº 8.666 é de 1993, se um dia o princípio da vinculação ao instrumento convocatório foi aplicado às cegas, certamente, de lá para cá, muita coisa mudou, pois naquela época, além de não existir tecnologia aliada às licitações, nem se cogitava a modalidade do pregão.

Não obstante, já naquela mesma década, tínhamos grandes doutrinadores a frente de seu tempo, como o saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles, falecido em 1990, que já ensinava em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo", que:

"é inadmissível que se prejudique um licitante por meras omissões ou irregularidades na documentação ou sua proposta (...) por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da licitação".

E é claro que não parou por aí, pois ao longo do tempo, centenas de julgados foram sendo exarados enaltecendo o princípio da **busca pela melhor proposta** em detrimento de outros, prestigiando a **indisponibilidade do interesse público** numa contratação que atenda sua necessidade, com o menor dispêndio de recursos possíveis e dentro dos parâmetros de legalidade e isonomia na disputa.

Para ilustrar, segue um singelo julgado de **novembro de 1999**, do Ministro Adylson Motta, do Egrégio Tribunal de Contas da União, decidindo que:

"o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação pernicioso 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 conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais." (TC 004809/1999-8, Decisão 695-99, DOU 8/11/99, p.50, e BLC n. 4, 2000, p. 203)

Se em décadas passadas já tínhamos entendimentos e vastas jurisprudências sobre a questão do rigorismo excessivo, hoje, sem qualquer sombra de dúvida, podemos afirmar que a vinculação ao instrumento convocatório **NÃO É ABSOLUTA**, havendo princípios que a sobrepõe, **PORQUE O FORMALISMO E O RIGOR EXCESSIVO SÃO REPROVÁVEIS**, a teor do que entende o STJ e o já citado Tribunal de Contas da União - TCU, que atualmente é o principal órgão decisor das controvérsias referentes às leis e regulamentos licitatórios, tendo suas decisões seguidas pela maioria esmagadora dos tribunais de contas estaduais, baseando suas interpretações **SEMPRE** na busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.

"EMENTA: DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO.

O Edital, no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o objeto da licitação, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.

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.

No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais.

*O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas **eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes**. Segurança concedida. Voto vencido." (STJ, MS nº 5.418/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998)''.*

"[...] rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrárias 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 8.666/1993, art. 3º)" (REsp 797.170/MT, 1ª T., rel Min. Denise Arruda, j. em 17.10.2006, DJ de 07.11.2006).

Não é por outra medida que os editais não podem, sob pena de ilegalidade, preverem a desclassificação ou inabilitação de propostas baseadas na forma de apresentação ou comprovação dos documentos.

E antes que permaneça "in albis" a indicação contraposta do subitem 7.4 do edital:

7.4. A não apresentação da declaração prevista no item 7.2 implicará na desclassificação imediata do licitante.

Note-se que o subitem é claro em estabelecer a consequência pela não apresentação da declaração, mas não pela apresentação em forma diversa.

Quanto a isso, o festejado jurista e, certamente, conhecido dessa douta comissão, Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. – 16. ed. – São Paulo: RT, 2014, apresenta um apontamento a respeito:

2.2.4) Interpretação das exigências e superação de defeitos

Nesse panorama, deve-se interpretar a Lei e o Edital como veiculando exigências instrumentais. A apresentação de documentos, o preenchimento de formulários, a elaboração das propostas não se constituem em condutas ritualísticas. Não se trata de verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se do modo mais conforme ao texto da lei. Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é a satisfatória e vantajosa.

Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na Lei ou no Edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação.

Logo, essa primeira tese apresentada pelos concorrentes não possui força para se sustentar diante da finalidade principal do procedimento licitatório, devendo, pois, ser refutada pela douta comissão.

3.3. DA NÃO APRESENTAÇÃO DAS DECLARAÇÕES DE INEXISTÊNCIA DE PENALIDADES (SUBITEM 7.2 - A) e DE IDONEIDADE (ANEXO V)

Quanto a estes apontamentos, as exigências foram previstas no subitem 7.2-A, do qual se transcreve abaixo:

7.2-A. Além dos documentos mencionados no item 7.2, os licitantes deverão apresentar fora de qualquer envelope ao Pregoeiro declaração de que não foram aplicadas penalidades de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar, nos termos do item 15.14.1 e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar, nos termos do item 15.14.2, cujos efeitos ainda vigorem, na forma do Anexo V – Declaração de inexistência de penalidade.

De antemão, em ululante obviedade, é claro que os argumentos apresentados no tópico anterior também se amoldam perfeitamente a esse item, num contexto em que a Administração não poderia, em observância ao princípio da busca pela proposta mais vantajosa, desclassificar um licitante pela falta de uma declaração que, se fosse vitalmente necessária, poderia ser saneada no momento de próprio punho pelo responsável da empresa, já que apenas teria como objetivo, informar uma situação **já existente da RECORRIDA - explicaremos melhor esse conceito no tópico 3.8.**

Não obstante, além dessa questão de rigorismo no trato com exigências meramente formais e plenamente saneáveis, é importante destacar que o próprio edital deixa de trazer a correspondência com o que foi solicitado, senão veja-se:

O excerto apresentado informa que os licitantes deverão apresentar declaração de que não foram aplicadas penalidades de suspensão temporária e impedimento, nos termos do **item 15.14.1** e declaração de inidoneidade nos termos do **item 15.14.2**, na forma do **Anexo V - Declaração de inexistência de penalidade.**

Porém, cabe destacar que os **itens 15.14.1 e 15.14.2** não existem no corpo do edital. Ademais, numa leitura mediana do supracitado dispositivo, entende-se que ambas as exigências deveriam ser comprovadas pela declaração do **Anexo V**, da qual, o edital denomina de Declaração de Inexistência de Penalidades e cuja qual a RECORRIDA firmou e inseriu no envelope, conforme se verifica nos autos.

Veja-se um julgado do **Tribunal de Contas da União – TCU** que também trata de erros formais:

*Releva ainda saber o procedimento a ser adotado quando a Administração constata que há evidente equívoco em um ou mais dos itens indicados pelas licitantes. 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.
(...)*

Em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global de acordo com as normas pertinentes. (Acórdão nº 4.621/2009 - Segunda Câmara. Relator: Benjamin Zymler; Data do Julgamento: 01/09/2009).

Nesta medida, este item também não possui qualquer força jurídica de impedir a habilitação da RECORRIDA, pois não resta dúvida de que a Administração não deve inabilitar proponentes licitantes em procedimentos licitatórios, por vícios formais, procurando sempre sanar os vícios de maneira a buscar sempre a proposta mais vantajosa para a Administração, pois, **INDUBITAVELMENTE, ESSA É A ESSÊNCIA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.**

3.4. DA NÃO APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO RELATIVA AO CUMPRIMENTO DO ART. 7º, INCISO XXXIII, DA CF.

No tocante a este apontamento, não obstante também se tratar de uma exigência que, se fosse o caso, facilmente poderia ser saneada, o dispositivo correlato do edital faz menção a um anexo, que na realidade, não corresponde ao conteúdo aludido, conforme se verifica abaixo:

9.1.5. Declaração relativa ao Cumprimento do Art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal

9.1.5.1. O licitante detentor da melhor proposta deverá apresentar declaração, na forma do **Anexo IX**, de que não possuem em seus quadros funcionais nenhum menor de dezoito anos desempenhando trabalho noturno, perigoso ou insalubre ou qualquer trabalho por menor de dezesseis anos, na forma do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

Note-se que a exigência indica a elaboração do **Anexo IX**, porém esse anexo do edital representa outro conteúdo:

<p style="text-align: center;">PREGÃO PRESENCIAL N.º 003/2023</p> <p style="text-align: center;">ANEXO IX</p> <p style="text-align: center;">DECLARAÇÃO DE ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA</p> <p>Local e data À Pregoeira,</p> <p>_____, inscrita no CNPJ sob o nº _____, sediada na _____, neste ato representada pelo seu representante legal, o(a) Sr.(a) _____, inscrito(a) no CPF sob o nº _____, portador(a) da cédula de identidade nº _____, DECLARA, sob as penas da lei, em especial o art. 299 do Código Penal Brasileiro, que:</p>
--

No caso, estamos diante de uma situação em que a RECORRIDA tomou a cuidado de preencher todos os anexos previstos no edital, porém acabou sendo levada a erro pela ausência do referido conteúdo exigido. Se o edital não tivesse trazido nenhum modelo, poderia até ser admitida uma falha formal da RECORRIDA em não ter elaborado tal declaração, porém, se o edital traz todos os demais modelos, é claro que o esperado seria que um licitante interessado precisasse tão somente preencher todos os modelos previstos.

Quanto a esse caso de erro, o próprio TCU já se manifestou a favor do licitante que, também levado a erro, acabou sendo inabilitado na licitação:

É NULA A DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTES INDUZIDOS A ERRO PELO USO DE TERMINOLOGIA INCORRETA NA DEFINIÇÃO DE EXIGÊNCIA DO EDITAL, SEM QUE TENHAM SIDO EFETUADOS PROCEDIMENTOS PARA ESCLARECER O ERRO OU SUPRIR AS INFORMAÇÕES REQUERIDAS.

[...] Em síntese, alegara a representante que “teve sua proposta técnica desclassificada e recurso administrativo indeferido em 31/8/2015, por não ter apresentado cópia do contrato social e de suas alterações”. Segundo a representante, “haveria ilegalidade no ato de sua desclassificação, em razão de flagrante erro de terminologia no edital, pois o teor do aludido dispositivo fazia menção a ‘estatuto social’, em vez de a ‘contrato social’”. Ademais, acrescentara, a exigência seria desnecessária, “uma vez que o pretendido contrato social já compunha o conteúdo da documentação fornecida na fase de habilitação (Invólucro I), de acordo com o item 8.4.1 do edital”. Realizada a oitiva da estatal, a unidade instrutiva verificou incoerência na ação administrativa, na medida em que “a representada exigiu dos licitantes uma flexibilização da interpretação sobre o conceito formal do documento exigido no Anexo V do edital, alínea ‘A’, item 5, que deveriam tomar ‘estatuto social’ por ‘contrato social’, mesmo que este último já tenha sido fornecido na etapa anterior do certame, **porém atuou com a mais estreita formalidade no ato de desclassificação daquelas que não perfilaram o mesmo entendimento sobre a exigência contida no dispositivo, se abstendo de recorrer a meios alternativos, previstos na Lei de Licitações e na jurisprudência deste Tribunal, para sanar a falta**”. Nesse sentido, o relator entendeu que foram equivocados os atos de desclassificação dos licitantes, vez que, como registrara a unidade instrutiva, “ao se tomar ‘contrato social’ por ‘estatuto social’ não está caracterizado mero erro de terminologia, passível de ser reparado mediante a exegese do concorrente com relação às intenções almejadas pela comissão licitante. Tal atitude interpretativa, que a comissão licitante considerou exigível com relação aos concorrentes, constitui em ato contraditório aos próprios princípios por ela defendidos. Trata-se de erro formal crasso, porquanto são conceitos jurídico-formais distintos, cada qual aplicando-se a pessoas jurídicas de natureza diversa. Não se pode considerar que o erro conceitual, portanto de forma, ficou sanado com a ausência de impugnação específica do edital. **O erro permaneceu e acabou vinculando o licitante com relação a um documento formal impossível de ser apresentado, porquanto escritório de advocacia não possui estatuto social e sim contrato social. Se alguns licitantes, por um lado, tiveram a iniciativa de suplantar o erro formal e apresentar o documento aplicável à espécie, os licitantes que não o fizeram, por outro lado, não podem ser penalizados, porquanto não subsiste vínculo jurídico, em sentido estrito, com relação a um procedimento formal impossível de ser cumprido**”. Diante disso, o Plenário, acatando a proposta do relator, julgou procedente a Representação, fixando prazo para que a Celg Distribuição S.A. “adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, **no sentido de desconstituir os atos de desclassificação dos concorrentes**, os quais tiveram como motivo o fato de não terem estes apresentado o contrato social em razão da exigência disposta no Anexo V alínea ‘A’, item 5, referente ao conteúdo da proposta técnica (Invólucro II), do edital da Concorrência DA-SPLC-2.0003/14-PR, abrindo-lhes nova oportunidade para atendimento do referido quesito, e podendo, assim, prosseguir com o certame”. **Acórdão 2972/2015-Plenário, TC 026.309/2015-7, relator Ministro José Múcio Monteiro, 18.11.2015.**

Ademais, o TCU possui a Súmula 177:

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”.

Em outra ocasião, o plenário do TCU entendeu assim:

“(…) 4.9. Desse cenário de indefinições e incerteza quanto a aspectos importantes do empreendimento em questão, resulta, na prática, que a Administração da estatal não sabe exatamente o que está contratando, ao mesmo tempo em que se vislumbram imensas dificuldades para que os licitantes possam formular as suas propostas, o que poderá ocasionar desestímulo de muitos destes a participarem da licitação, com prejuízos previsíveis à competitividade do certame licitatório. (...)”
(Acórdão 1.536/2011, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

O edital deve ser claro, e assim, não é permitido em razão do Princípio da Legalidade, que no momento do julgamento das propostas, se exija especificidades que não constaram no edital, sobretudo que se faça interpretações por dedução lógica, quando o edital deve ser claro e preciso, pois sendo ele a manifestação do Princípio da Publicidade, deixa-lo ambíguo e impreciso o torna manifestadamente nulo conforme a legislação pátria, uma vez que o mesmo vincula a Administração Pública e os licitantes, não podendo ocorrer imprecisões no mesmo ou posteriores modificações, justamente para preservar a segurança jurídica, a moralidade e a impessoalidade.

Sobre o princípio da publicidade, destaca-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.

Deste modo, diante da ausência de identidade e clareza na disponibilização dos anexos a serem apresentados, e ainda, pela falta da abertura de prazo para o saneamento dessa formalidade, a

comissão agiu muito bem, aplicando a interpretação mais benéfica ao administrado, no caso, a RECORRIDA, em consonância também com o entendimento consolidado do **Supremo Tribunal Federal**.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Exmo. Sr. Gilmar Mendes, já mencionou em decisão que analisou normas a aplicação do Princípio da Publicidade em editais públicos disse que:

“Ao definir os critérios definidores da norma editalícia, a Administração Pública, conquanto fundada em juízo de conveniência e oportunidade, deverá fazê-lo de forma clara e objetiva, de forma a não permitir a ocorrência de duas interpretações constitucionalmente possíveis, tudo isso em observância aos princípios da legalidade, segurança jurídica, publicidade e vinculação ao instrumento convocatório.

No ordenamento jurídico pátrio, em havendo dúvida objetiva, por regra, a presunção recai contra a Administração Pública, a exemplo dos princípios “in dubio pro reo”, “in dubio contram fisco”, “in dubio pro societate”. Daí segue que, em havendo duas interpretações constitucionalmente admissíveis, deverá prevalecer aquela que beneficia o particular.

O Tribunal de Contas da União nesse sentido tem adotado a interpretação que:

“Adote providências no sentido de garantir a clareza e a objetividade na redação de editais de licitações, de forma a não suscitar dúvidas em sua interpretação”.
(Acórdão 1633/2007 Plenário)

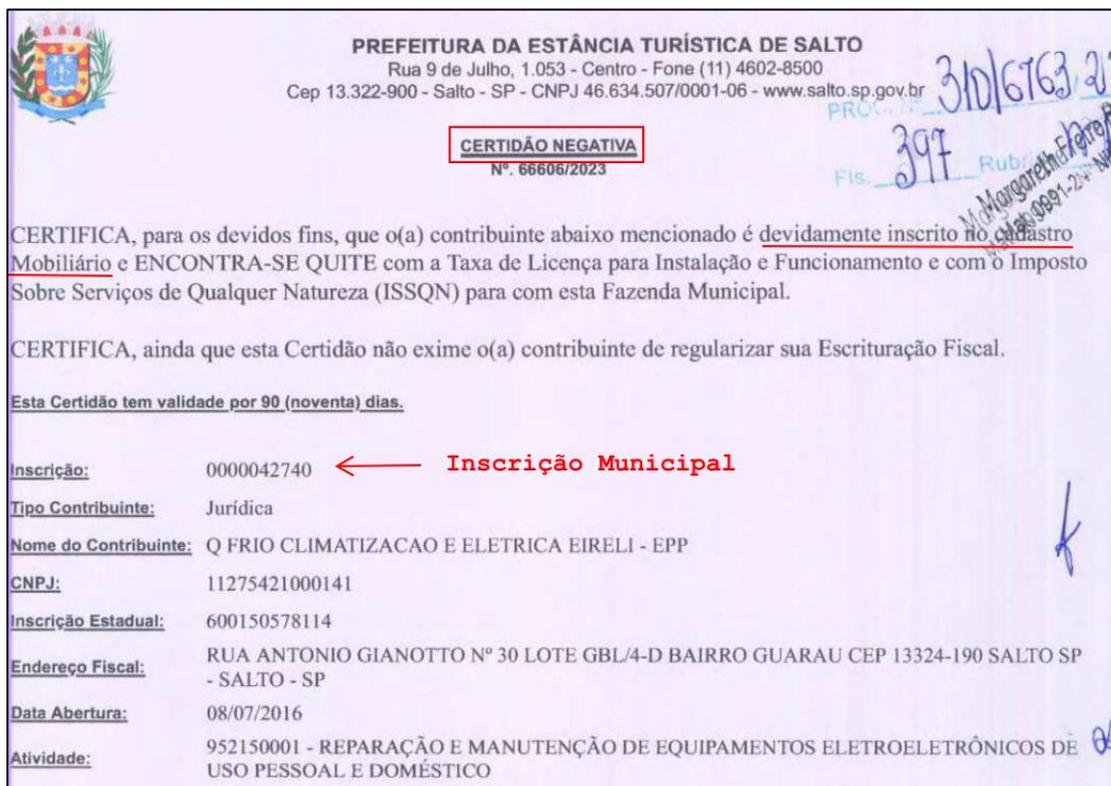
Logo, esse apontamento de vício formal não reúne o necessário para reformar a decisão que habilitou a RECORRIDA, sendo digna de aplausos a conduta do pregoeiro e sua comissão.

3.5. DA NÃO APRESENTAÇÃO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL OU MUNICIPAL (subitem 9.1.2, “b”) e DA NÃO APRESENTAÇÃO DA REGULARIDADE ESTADUAL (subitem 9.1.2. “c.2”);

Esse item, embora também tenha sido alvo de ataque por uma das empresas, causou grande estranheza, aparentando ser mais um argumento do tipo “se colar colou”, pois tais comprovações foram devidamente satisfeitas nos documentos apresentados pela RECORRIDA.

Vejamos:

Quanto à inscrição e regularidade municipal, ambas foram comprovadas na mesma certidão apresentada:



PREFEITURA DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE SALTO
Rua 9 de Julho, 1.053 - Centro - Fone (11) 4602-8500
Cep 13.322-900 - Salto - SP - CNPJ 46.634.507/0001-06 - www.salto.sp.gov.br

CERTIDÃO NEGATIVA
Nº. 66606/2023

31/06/2023
Fis. 397 Rub. 11.275.421/0001-41

CERTIFICA, para os devidos fins, que o(a) contribuinte abaixo mencionado é devidamente inscrito no cadastro Mobiliário e ENCONTRA-SE QUITE com a Taxa de Licença para Instalação e Funcionamento e com o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) para com esta Fazenda Municipal.

CERTIFICA, ainda que esta Certidão não exime o(a) contribuinte de regularizar sua Escrituração Fiscal.

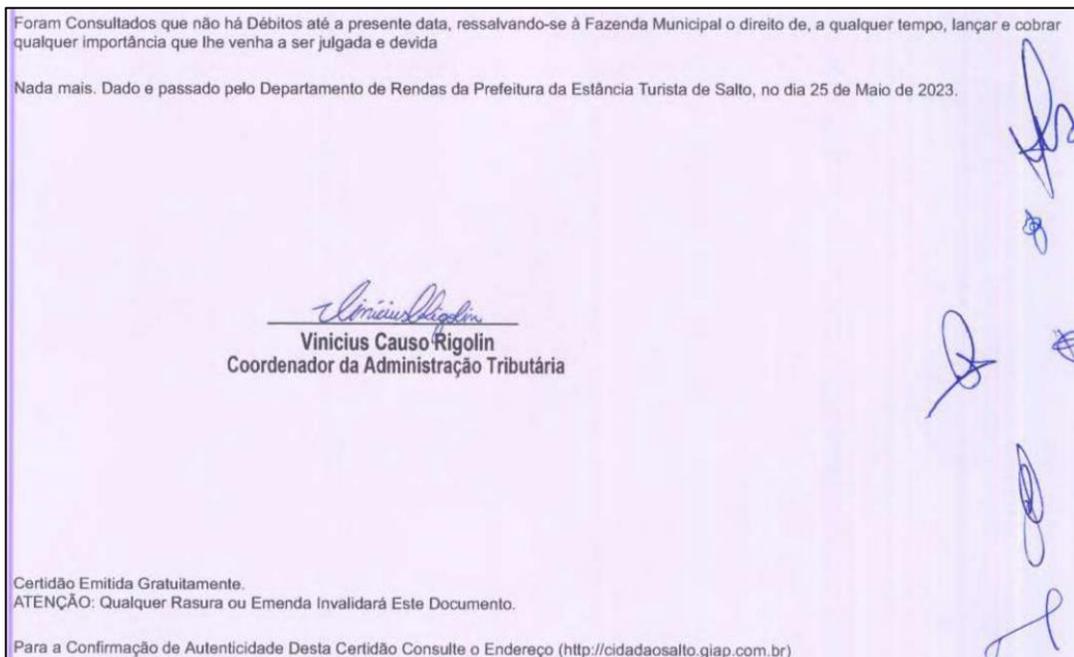
Esta Certidão tem validade por 90 (noventa) dias.

Inscrição:	0000042740	← Inscrição Municipal
Tipo Contribuinte:	Jurídica	
Nome do Contribuinte:	Q FRIO CLIMATIZACAO E ELETRICA EIRELI - EPP	
CNPJ:	11275421000141	
Inscrição Estadual:	600150578114	
Endereço Fiscal:	RUA ANTONIO GIANOTTO Nº 30 LOTE GBL/4-D BAIRRO GUARAU CEP 13324-190 SALTO SP - SALTO - SP	
Data Abertura:	08/07/2016	
Atividade:	952150001 - REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS ELETROELETRÔNICOS DE USO PESSOAL E DOMÉSTICO	

Elencamos os seguintes destaques na cor vermelha:

- Declaração de que a RECORRIDA está devidamente inscrita no cadastro mobiliário;
- Respectivo número da inscrição municipal
- Prova da regularidade com uma certidão NEGATIVA.

E na segunda parte da certidão, temos a data em que foi emitida, em face da validade de 90 (noventa) dias.



No caso, conforme se pode verificar nos prints acima, a prova da inscrição no cadastro municipal se encontra estampada, inclusive contendo os links para conferência e validação das informações. Ou seja, trata-se de uma certidão que comprova duas informações: a regularidade e a inscrição municipal, não havendo nenhuma necessidade de outro documento complementar.

Logo, exigir uma certidão, em separado, trazendo a mesma informação, seria um óbvio apego exagerado à forma, uma vez que a **RECORRENTE NÃO DEIXOU DE APRESENTAR TAL COMPROVAÇÃO**, pois estava presente noutro documento, porém **de forma implícita, MAS EXPRESSA.**

E perfilha desse entendimento o próprio Tribunal de Contas da União, não podendo a Administração se furtar de segui-lo.

*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 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame.***

Acórdão 1795/2015-Plenário, TC 010.975/2015-2, relator Ministro José Múcio Monteiro, 22.7.2015.

Deste modo, novamente a douda comissão foi cirurgicamente precisa na análise e aceitação do referido documento apresentado, como comprobatório de ambas as exigências.

3.6. DA DECLARAÇÃO DE VISITA TÉCNICA ASSINADA POR PESSOA DIVERSA (ANEXO VI)

Aqui, além de termos mais um caso de formalidade saneável, o próprio edital não especifica claramente o responsável pela assinatura do referido documento, amoldando-se novamente ao cenário já apresentado da interpretação dúbia ou imprecisa do edital.

De início faz-se mister esclarecer que não há outra pessoa mais competente e legalmente responsável para emitir uma declaração em nome de pessoa jurídica do que o próprio proprietário da empresa. Não é por outra razão que uma declaração de responsabilidade só possa ser firmada por pessoa diversa do quadro societário se esta estiver de posse de uma procuração outorgando-lhe tais direitos.

Contudo, em análise ao que foi exigido no edital, temos o **subitem 9.1.4.2:**

9.1.4.2. Declaração de Vistoria (Anexo VI) das instalações da sede do Niterói Prev, devidamente assinada por um funcionário da Niterói Prev, onde a empresa se responsabiliza pelo conhecimento de todo o serviço necessário a ser realizado e pelo valor apresentado em sua proposta para cobertura de todos os itens apresentados no Termo de Referência, Anexo I deste Edital. A Vistoria Técnica é facultativa, e caso o licitante não tenha interesse em realiza-la, deverá apresentar a Declaração de Desistência de Visita Técnica do Anexo VII, devidamente **assinada pelo responsável técnico da licitante.**

Apesar desse subitem estranhamente apontar a assinatura do documento pelo responsável técnico da empresa, se analisarmos o respectivo anexo do edital temos que o documento deverá ser assinado pelo **responsável legal da empresa.**

Ou seja, como dito, outro caso em que o edital acaba sendo dúbio, não podendo assim, prejudicar licitante que idoneamente escolheu uma das formas possíveis para comprovar sua habilitação.

PREGÃO PRESENCIAL N°. 003/2023

ANEXO VI

MODELO DE DECLARAÇÃO DE VISTORIA

Eu, _____, portador(a) da RG/CI
nº _____, inscrito(a) no CPF/MF
nº _____, vistoriante pela empresa
_____, CNPJ nº _____, sediada
no(a) (endereço completo) _____, declaro,
para fins do disposto no Pregão Presencial nº XXX/2023, que vistoriei o imóvel
_____, pertencente à Niterói Prev, no endereço citado no Termo de
Referência, parte integrante do Edital, inteirando-se das dimensões físicas e da
complexidade dos serviços, não cabendo, posteriormente, em hipótese alguma, alegações
de desconhecimento ou dúvida, sendo de inteira responsabilidade dessa empresa declarante
o ônus daí decorrente.

Niterói, ____ de ____ de 2023.

Assinatura do Vistoriante

Assinatura do Representante Legal da Empresa

Assinatura do servidor da Niterói Prev

A propósito, leia-se decisão do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, da lavra do Ministro JOSÉ DELGADO:

“1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior

número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

*2. O ordenamento jurídico regulador da licitação **não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal. (STJ. MS nº 5779/DF).”*

Nessa esteira, é evidente que uma questão tão impertinente não possa justificar uma inabilitação que resulte em prejuízos para a Administração.

3.7. DA FALTA DE INFORMAÇÕES OU INEXEQUIBILIDADE NA PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS.

Para esse último item, temos mais uma tentativa oriunda de um concorrente que busca desesperadamente alguma forma de reformar a decisão da licitação que não lhe foi favorável.

O edital em seu **subitem 11.3** traz o seguinte excerto:

11.3. O licitante vencedor deverá encaminhar a planilha de custos, com os respectivos valores readequados ao valor total representado pelo lance vencedor, no prazo máximo de três dias úteis, contados do encerramento da etapa competitiva.

Veja que o edital pede, pura e simplesmente, uma planilha sem qualquer referência de modelo ou de conteúdo obrigatório, mas sim, uma planilha que pudesse trazer os valores finais possibilitando que a comissão verificasse a exequibilidade da proposta, o que foi devidamente comprovado, como constam nos autos do procedimento.

E ainda que houvesse algum tipo de modelo ou exigência mais específica no edital, é cediço que a Administração não poderia desclassificar uma proposta sem antes dar oportunidade para o licitante corrigir sua planilha sem alterar o valor global apresentado.

Trazendo à baila também um pouco de jurisprudência do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, neste julgado houve a reforma da decisão que desclassificou licitante que não havia indicado todos os preços unitários exigidos na planilha de proposta. Leia-se a ementa:

"Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade." (RMS 23714, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05/09/2000, DJ 13-10-2000 PP-00021 EMENT VOL-02008-02 PP-00226).

Logo, esse último apontamento também não restou suficiente para impedir a habilitação da RECORRIDA.

3.8. DO PODER-DEVER DE PROMOVER DILIGÊNCIAS

Resolvemos colacionar aos autos mais este tópico, no sentido de colocar uma pá de cal nos inconformismos dos demais concorrentes, demonstrando, contundentemente, que a decisão de habilitação, exarada pelo pregoeiro e sua comissão, foi baseada no melhor e mais atualizado entendimento dos tribunais de contas.

Estreitamente a reboque de todos os itens combatidos acima, temos a questão do **poder-dever da Administração de sanar, por meio de diligências**, os possíveis vícios, ou obscuridades **formais** nos procedimentos, sem com isso, ir de encontro com a isonomia do certame ou com a busca pela proposta mais vantajosa, conforme dispõe a Lei de regência do certame.

LEI Nº 8.666/1993

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

O art. 43, § 3º, da Lei nº 8666/1993 criou esse poder-dever por parte do pregoeiro e sua comissão, **obrigando-os (e essa é a interpretação pátria dos tribunais de contas)** a realizar diligência quando há alguma falha formal, omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação e/ou na proposta. Esse dever busca superar o dogma do formalismo excessivo, prestigiando a razoabilidade e a eficiência, a ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

Entretanto, há que se contextualizar a problemática da adequada interpretação do disposto no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, no tocante ao dogma segundo o qual, em nenhuma hipótese, seria permitida, no âmbito de um procedimento licitatório a juntada de documento posterior à entrega dos envelopes ou documentos pertencentes aos licitantes.

Com efeito, partindo-se da compreensão de que o objetivo maior do procedimento licitatório é a consecução do interesse público aliada à observância dos primados da isonomia e igualdade de tratamento e condições entre os participantes, há de que se conferir uma interpretação finalística e legitimadora ao texto insculpido no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

A inclusão posterior de documentos por parte da própria autoridade condutora do certame licitatório deverá ser admitida **desde que seja necessária para comprovar a existência de fatos EXISTENTES À ÉPOCA da licitação**, concorrentes na hipótese do presente feito à habilitação do participante, porém não documentado nos autos. Em outras palavras, não está o § 3º, art. 43, da Lei 8.666/93, em sua parte final, vetando toda e qualquer possibilidade de juntada posterior de documento. O que dali se entende, dentro de uma visão consentânea com interesse público e com a finalidade da contratação, é que não será permitida apenas a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação deu-se após a realização da sessão de licitação. Aí sim, haveria burla ao procedimento e quebra do princípio da isonomia e igualdade de tratamento.

Destarte, caso a diligência promovida pelo Pregoeiro resulte na produção de documento que materialize uma situação **já existente ao tempo da sessão** de apresentação dos envelopes ou no caso, de envio de documentos, não há que se falar em ilegalidade ou irregularidade. Trata-se, assim, de um juízo de verdade real em detrimento do pensamento dogmático segundo o qual o que importa é se o licitante apresentou os documentos adequadamente, subtraindo-se o fato desse mesmo licitante reunir ou não as condições de contratar com a administração ao tempo da realização do certame.

O dever de diligência é defendido pelo Tribunal de Contas da União em inúmeros de seus julgados, alguns já citados.

No Acórdão nº 1.758/2003-Plenário, o Tribunal entendeu **ser regular**, no âmbito de procedimento licitatório, a conduta da autoridade que **procedeu a juntada posterior de comprovação de regularidade fiscal** da licitante através de diligência promovida com base no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Segundo aquela Corte de Contas, **tal juntada não configuraria irregularidade, mas praticidade, celeridade e otimização do certame**. Isso porque o apego excessivo à letra da lei pode acarretar equívocos jurídicos, não traduzindo seu sentido real.

Leia-se abaixo um pequeno excerto desse julgado, que traz uma clareza meridional sobre o assunto:

Ressalto, preliminarmente, que o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato.

No presente caso, não se afigura que o ato impugnado tenha configurado tratamento diferenciado entre licitantes, ao menos no grave sentido de ação deliberada destinada a favorecer determinada empresa em detrimento de outras, o que constituiria verdadeira afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Ao contrário, entendo que foi dado fiel cumprimento ao citado art. 4º, parágrafo único, do Decreto 3.555/2000, no sentido de que “as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, a finalidade e a segurança da contratação”.

*Não se configura, na espécie, qualquer afronta ao interesse público, à finalidade do procedimento licitatório nem à segurança da contratação, uma vez que venceu o certame empresa que, concorrendo em igualdade de condições, **ofereceu proposta mais vantajosa e logrou comprovar, na sessão, a aptidão para ser contratada.***

*Assiste, portanto, razão à unidade técnica ao **considerar regular a inclusão de documentos no processo licitatório, no ato da sessão, conforme autorizado pela pregoeira, no exercício de suas regulares atribuições, tratadas nos incisos XIII e XIV, do art. 11, do Decreto 3.555/2000.***

(Acórdão nº 1.758/2003-Plenário)

Em outro Acórdão desse tribunal, foi disposto que falhas sanáveis, meramente formais, não devem levar necessariamente à inabilitação, cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (Lei 8.666/1993, art. 43, §3º), “in verbis”.

“atente para o disposto no art. 43, §3º, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei”.

(Acórdão 2.521/2003-TCU-Plenário)

Mais alguns julgados do TCU no mesmo sentido:

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES OCORRIDAS NA CONDUÇÃO DE CERTAME. INCERTEZAS SOBRE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE LICITANTE. NÃO UTILIZAÇÃO DO PODER-DEVER DE REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA SANEAR AS DÚVIDAS QUANTO À CAPACIDADE TÉCNICA DA EMPRESA. PRESERVAÇÃO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO QUE SE ENCONTRA EM FASE DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO.

1. O Atestado de Capacidade Técnica é o documento conferido por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado para comprovar o desempenho de determinadas atividades. Com base nesse documento, o contratante deve-se certificar que o licitante forneceu determinado bem, serviço ou obra com as características desejadas.

2. A diligência é uma providência administrativa para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante à habilitação seja quanto ao próprio conteúdo da proposta.

3. Ao constatar incertezas sobre cumprimento das disposições legais ou editalícias, especialmente as dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame **deve promover diligências, conforme o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos** que servirão de base para tomada de decisão da Administração nos procedimentos licitatórios

(TCU 01985120146, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 03/12/2014)

NA CONDUÇÃO DE LICITAÇÕES, FALHAS SANÁVEIS, MERAMENTE FORMAIS, IDENTIFICADAS NA DOCUMENTAÇÃO DAS PROPONENTES NÃO DEVEM LEVAR NECESSARIAMENTE À INABILITAÇÃO OU À DESCLASSIFICAÇÃO, CABENDO À COMISSÃO DE LICITAÇÃO PROMOVER AS DILIGÊNCIAS DESTINADAS A ESCLARECER DÚVIDAS OU COMPLEMENTAR O PROCESSAMENTO DO CERTAME (ART. 43, § 3º, DA LEI 8.666/1993).

[...] 17. Quanto à “inabilitação por falha sanável de uma das proponentes”, a irregularidade foi caracterizada a partir da inabilitação do Instituto [omissis] em virtude da apresentação de cópias não autenticadas.

18. É pacífico o entendimento do Tribunal de que **falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar necessariamente à inabilitação,**

cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (Lei 8.666/1993, art. 43, § 3º). É o sentido que se extrai do Acórdão 2.521/2003-TCU-Plenário, in verbis: "atente para o disposto no art. 43, § 3º, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei".
(Acórdão 3340/2015-Plenário)

Ora, prezados julgadores, estamos em 2022, já no período de transição para a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, que materializa, reforçando expressamente tudo que foi apresentado até o momento!

Logo, não há como acolher teses tão obsoletas, como as que foram apresentadas pelos concorrentes.

**NÃO HAVERIA MOTIVAÇÃO NENHUMA PARA ONERAR A ADMINISTRAÇÃO EM R\$ 44 MIL,
EM TOTAL MENOSCABO AO PRINCÍPIO DO DEVER DILIGENCIAL DO PREGOEIRO.**

Vejam esse atualíssimo julgado do TCU de 2021:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio)

sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

(Acórdão 1.211/21 – Plenário do TCU)

Realmente não dá para fecharmos nossos olhos para essa realidade, esse Acórdão chega a causar emoção aos operadores de direito e militantes de longa data nas contratações públicas. Retrata justamente a ideia central por trás de todo o arcabouço burocrático das licitações. Traz à tona a verdade, que já era defendida pelo Hely Lopes Meirelles no auge da vigência da Lei nº 8.666/1993.

As regras de licitações e a jurisprudência evoluíram nesse sentido, sendo possível, por exemplo, ante à falta de juntada de comprovantes de regularidade fiscal pelo licitante, a consulta, pelo próprio agente público que conduz o certame, a sítios públicos em que constem tais documentos, nos termos do art. 40, parágrafo único, do Decreto 10.024/2019.

Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento “que deveria constar originariamente da proposta”, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir a condição que o licitante **não dispunha materialmente no momento da licitação**. Caso o documento ausente se refira a condição **(no caso, já ser inscrito na prefeitura)**, atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, **HAVERÁ DE SER SOLICITADO E AVALIADO PELO PREGOEIRO, simples assim!**

Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição **pré-existente à abertura da sessão pública do certame**, como já se viu nos vários julgados citados, não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes. De outro lado, desclassificar licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).

Cito ainda o disposto no **art. 64** da nova Lei de Licitações (Lei 14.133 de 1º de abril de 2021), que **ab-rogará** a Lei 8.666/1993 a partir de **1º de abril de 2023**:

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.

§1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

O dispositivo reproduz a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993; porém, deixa salvaguarda a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame, **o que se alinha com a interpretação de que é possível e necessária a requisição de documentos para sanear os comprovantes de habilitação ou da proposta, atestando condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame.**

Prezados, a nova Lei de Licitações não trouxe um novo entendimento com esse dispositivo, apenas materializou aquilo que sempre foi o sentido finalístico da norma, ou seja, a busca pela proposta mais vantajosa para a administração. De modo que não há como alegar que o pregão foi realizado sob a égide da Lei 8.666/1993 e por essa razão o entendimento acima não poderia ser aplicado, uma vez que a nova lei apenas sedimentou o que já existia, conforme foi exaustivamente exposto.

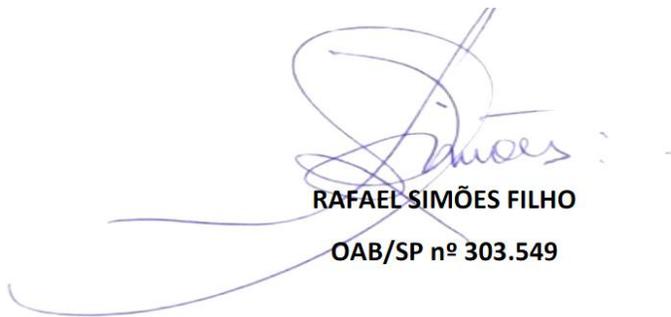
Em face do exaustivamente exposto, chega-se a conclusão com hialina clareza, que a decisão que **HABILITOU a RECORRIDA DEVE SER MANTIDA.**

4. DO PEDIDO

Requer-se que, seja devidamente processado e julgado o presente recurso, **CONCEDENDO PROVIMENTO INTEGRAL DAS CONTRARRAZÕES APRESENTADAS**, com a consequente manutenção da decisão que HABILITOU A RECORRIDA para que ela possa, pela mais lúdima justiça, ser declarada vencedora do Pregão Eletrônico nº 003/2023.

Nestes termos,
Pede-se deferimento.

Salto, 23 de junho de 2023



RAFAEL SIMÕES FILHO
OAB/SP nº 303.549



Q FRIO CLIMATIZAÇÃO E ELÉTRICA LTDA - CNPJ: 11.275.421/0001-41
ANDERSON DE VASCONCELOS COSTA GUERRA
CPF: 217.663.768-27