**DECISÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA JULGAMENTO ALUSIVO À HABILITAÇÃO**

**EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 02/2020 FCT**

**MODALIDADE:** PREGÃO PRESENCIAL

**TIPO:** MENOR PREÇO

**OBJETO:** CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA RECUPERAÇÃO, CRIAÇÃO, CONFECÇÃO, INSTALAÇÃO E MONTAGEM DE PEÇAS ARTÍSTICAS DECORATIVAS EM ESTRUTURA METÁLICA E OUTROS MATERIAIS, A SEREM UTILIZADOS COMO DECORAÇÃO DE PÁSCOA DURANTE O PERÍODO DE 21 DE MARÇO A 13 DE ABRIL DE 2020

**RECORRENTE: FABIO MARTINS DE SOUZA EPP**

**RECORRIDO: PABLO PEREIRA ME**

1. **RELATÓRIO**

A Fundação de Cultura e Turismo de Timbó – FCT lançou em 22/01/2020 o processo licitatório na modalidade de *Pregão Presencial,* tipo *menor preço*, *Edital de Pregão Presencial nº 0/2020 FCT* tendo como objeto a *CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA RECUPERAÇÃO, CRIAÇÃO, CONFECÇÃO, INSTALAÇÃO E MONTAGEM DE PEÇAS ARTÍSTICAS DECORATIVAS EM ESTRUTURA METÁLICA E OUTROS MATERIAIS, A SEREM UTILIZADOS COMO DECORAÇÃO DE PÁSCOA DURANTE O PERÍODO DE 21 DE MARÇO A 13 DE ABRIL DE 2020*.

Na seção do dia 04/02/2020 compareceram ao certame duas empresas, sendo estas **FABIO MARTINS DE SOUZA EPP** e **PABLO PEREIRA ME,** onde após a fase de lances sagrou-se vencedora Fabio Martins de Souza EPP com o valor de proposta de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) ficando em segundo lugar Pablo Pereira ME com a proposta de R$ 90.900,00 (noventa mil reais e novecentos centavos). Superada a etapa, seguindo o rito procedimental passou-se a abertura do envelope de habilitação da vencedora, momento em que, após análise dos documentos, fora aventado pela segunda colocada que os atestados apresentados pela empresa Fabio Martins de Souza EPP não atendiam ao que preconizava o item 7.3.4 alínea “a” do edital, especificamente por não comprovar a execução de, no mínimo, 20 (vinte) peças com dimensão mínima de 60x60cm, motivo pelo qual o pregoeiro decidiu pela inabilitação da empresa Fabio Martins de Souza, declarando vencedora então a empresa Pablo Pereira ME, com proposta negociada no valor de R$ 83.200,00. Manifestada a intenção de recurso, a empresa Fabio Martins de Souza apontou interesse, motivo pelo qual abriu-se o prazo de 3 dias uteis para sua apresentação e sucessivamente para contrarrazões pela empresa Pablo Pereira ME.

Em 06/02/2020 a empresa Fabio Martins de Souza EPP apresentou recurso contra sua inabilitação, onde, em síntese, solicitou preliminarmente o efeito suspensivo do processo até seu julgamento final com a consequente revisão da decisão para declará-la habilitada, pois além de se tratar de decisão exagerada e desproporcional, ao contrário do que afirmou o concorrente e entendido pelo pregoeiro, cumpriu integralmente a exigência do item 7.3.4 alínea “a” do edital, tanto que apresentou dois atestados e registro fotográfico que, ao todo, comprovam a execução de 23 peças (sendo duas com mais de 3 metros de altura - cavalo e Coelho e outras 21 peças com mais de 60x60, o que atenderia as 2 com dimensões mínimas de 3 metros e as 20 com dimensões mínimas de 60x60cm). Asseverou que: - sua qualificação é de conhecimento do município eis que já prestou serviços ao mesmo em outros eventos como pascoa e natal; - a exigência do item 7.3.4 do edital traz excesso de preciosismo, se apegando de forma extrema ao formalismo, notadamente em licitação cujo foco é o menor preço; - desde que não cause prejuízo ao erário, não poderia ser excluída por questões irrelevantes como omissões ou irregularidades formais na documentação ou na proposta, como o caso em questão onde se está exigindo que o atestado transcreva literalmente a execução da quantidade de peças, quando o conjunto do acervo (fotos e atestados) demonstram claramente a execução das quantidades mínimas exigidas; - a sua proposta é a mais vantajosa para a administração sendo que a do segundo colocado é 1/3 maior que a sua; - o objetivo da licitação pela modalidade pregão é a obtenção da proposta de menor valor; - as formalidades na habilitação não podem ser um fim em si mesmas, adotando como exemplo o que dispõe o art. 25, §4º do decreto federal nº 5.450/05, que, ao tratar do pregão autoriza que a habilitação possa ser realizada pelo órgão promotor diretamente no sitio oficial como meio de provar as qualificações da empresa concorrente; - a decisão afronta inclusive preceito editalício do item 16.3, que autoriza o pregoeiro a relevar omissões puramente formais nas propostas e documentos, bem como sanar erros ou falhas que não alterem a substancia das propostas; - e traz doutrina e jurisprudência sobre o formalismo no processo licitatório.

Em 12/02/2020 a Empresa Pablo Pereira ME apresentou contrarrazões onde, em suma: - defende a decisão tomada pelo pregoeiro asseverando sua correção aos ditames da lei e do edital, notadamente por não ter a empresa recorrente demonstrado em seu acervo a quantidade mínima exigida, o que, ao contrário do que imagina e defende, não é irrelevante e meramente formal, mas sim necessário à demonstração da qualidade mínima para ser contratada; - aduz que ao participar do certame a empresa se sujeita as regras nele constantes, as quais não podem ser simplesmente ignoradas; - reitera que não cabe efeito suspensivo ao recurso proposto e que a própria recorrente reconhece o descumprimento ao edital ao afirmar que não consta dos atestados as quantidades exigidas, se resumindo a alegar que a prova estaria nos registros fotográficos onde constam 23 unidades/peças; - assevera que a licitação deve ser julgada de forma objetiva e que admitir a habilitação da recorrente seria imputar subjetivismo ao edital, o que afronta a lei de licitações; - destaca que o edital em seu item 7.6 é categórico em informar que a ausência ou ilegibilidade de documentos e declarações acarreta a inabilitação da empresa e que não há excesso de formalidade em o pregoeiro exigir o cumprimento do edital, ao revés, trata-se de julgamento objetivo, igualdade de condições a todos os participantes e estrito cumprimento do dever legal; - cita jurisprudências acerca da vinculação ao instrumento licitatório, estabelecendo a importância da manutenção da decisão nos moldes proferidos. Com relação ao valor ofertado, aduz que sua proposta está de acordo com os valores consignados pela administração como referência e que a disparidade está no fato da recorrente ser MEI, onde a carga tributária é menor. Alega ainda a impossibilidade de contratação, por MEI, de mais que um ajudante e que a exigência de qualificação técnica em pregão cujo objetivo é o menor preço não seria o meio mais adequado, conforme orientação da doutrina. Destaca que a sessão pública encontra-se disponível para consulta na internet onde pode ser confirmada a legalidade dos atos praticados. Assevera que além do atestado com problemas, também há nos documentos da recorrente certidão vencida, em especial a exigida no item 5.8.1 do edital, alusiva ao enquadramento da mesma na condição de MEI. Por fim reitera sua condição técnica para realizar o objeto da licitação e solicita o recebimento das contrarrazões sendo mantida a decisão do pregoeiro, indeferindo o recurso proposto pela empresa Fabio Martins De Souza EPP, não conferindo efeito suspensivo ao recurso.

O processo foi encaminhado a esta Presidência para, nos termos do item 14.9 do edital[[1]](#footnote-1), proferir análise e julgamento.

É o breve relato dos fatos, passamos a análise dos recursos e contrarrazões.

1. **PRELIMINARMENTE**

**Da tempestividade:**

Registra-se que não só o recurso como as contrarrazões são tempestivos, eis que protocoladas nos prazos previstos no art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002, estando aptos, portanto, para análise e decisão desta Assessoria.

1. **DO MÉRITO**

Vistos e examinados os autos constata-se que a celeuma gira em torno da aceitação de determinada forma de comprovação das exigências editalícias.

Embora a recorrente não tenha apresentado em um dos atestado exigidos o número de peças a que se refere, apresentou relatório fotográfico (também exigido no edital) contendo a quantidade de peças necessárias para sua habilitação.

Com o devido respeito a ao entendimento do pregoeiro e da recorrida, as exigências editalícias não podem ser interpretada a ponto de por si só descumprirem os princípios afetos à administração pública (com destaque a eficiência) preceitos básico decorrentes da normativa afeta as licitação/Lei nº. 8.666/93 (em especial o art. 3º, onde consta que  *“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração ... e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade ... do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”*), cabendo ao operador, ao bem do interesse público - coletivo e do real objetivo do edital, instrumentalizar as formas de modo a verificar e fazer cumprir o real propósito editalício, o que, no direito administrativo é consagrado pelo princípio do formalismo moderado, cada vez mais aceito, exigido e aplicado não apenas nos processos licitatórios mas inclusive nas decisões judiciais que avaliam o tema.

Neste viés cabe destacar:

- O Acórdão nº 357/2015 do TCU que constitui corrente dominante sobre o tema e assim expressamente dispõe:

“*REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, RELACIONADAS À DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. 1. O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa, obedecidos 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. 2.* ***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****.*” Grifamos.

- Da recentíssima decisão proferida em 21/01/2020 pelo juízo da 2º Vara Cível da Comarca de Timbó nos autos do Mandado de Segurança nº 5000118-22.2020.8.24.0073/SC, onde, de forma similar, ao avaliar determinada questão do edital, entendeu que além da mesma tratar de condição desproporcional e não atender aos reais propósitos, o licitante deveria ser mantido no certame, sagrando-se vencedor, senão vejamos:

*“... o impetrado Sócrates agiu com acerto ao determinar "a revisão da decisão da comissão permanente de licitação para considerar CLASSIFICADA SUA PROPOSTA, e por consequência a REVISÃO DO CÁLCULO E DA CLASSIFICAÇÃO FINAL DAS PROPOSTAS TÉCNICA E DE PREÇO" (anexo 24 - evento 1).*

*...*

*não há obrigatoriedade em apresentar as declarações questionadas nesta demanda*

*...*

*Como se vê, as declarações mencionadas no item 8.8 do edital mostram-se desnecessárias, porquanto sua finalidade encontra proteção no contrato, o qual obrigatoriamente deverá ser assinado pela empresa que vier a vencer o certame.*

*...*

*o procedimento licitatório rege-se pelo princípio da ampla concorrência, razão pela qual exigir tamanho formalismo não se mostra razoável.*

*...*

*Assim, entendo que não há elementos que evidenciam a probabilidade do direito da parte autora.*

*...*

*Ante o exposto, inferido a medida de urgência.”*

Sobre o formalismo, ensina Marçal Justen Filho[[2]](#footnote-2) que:

“*Os diplomas legis podem ser mais ou menos formalistas. Isso não autoriza o formalismo do intérprete.* ***Não pode transformar-se em autômato, pretendendo localizar a mais rigorosa compatibilidade entre o mundo dos fatos e o texto escrito de uma lei.*** *A lei não é elaborada para bastar-se a sim mesma, tal como se os fins do direito fossem menos relevantes do que as palavras do legislador. Como ensinou Engisch, “não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o interprete pode ser mais inteligente do que a lei’. Portanto, aplicar a lei nº 8.666 não consiste numa mera atividade mecânica, derivada da simples intelecção do sentido das palavras. É necessário compreender os valores através do diploma, verificar os fins a ser tingidos e escolher a solução mais compatível com todos os princípios jurídicos consagrados pelo Direito Brasileiro.*

*...*

***A administração está constrangida a adotar alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins****....****A medida limite é a salvaguarda dos interesse 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.* ***Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos****. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou Edital devem ser interpretadas como instrumentais.*

*...*

*Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu ‘em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo.’*

*...*

*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 dos envolvidos em conduzir 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 satisfatória e vantajosa****.*” Grifamos.

Analisando os documentos do licitante, aliado ao interesse público-coletivo (que deve permear toda decisão envolvendo a administração), se constata que o conjunto probatório acostado pelo recorrente junto ao certame e neste momento impugnado pelo recorrido, atende aos preceitos editalícios. Cabe destacar que o entendimento do pregoeiro, salvo melhor juízo, ao inabilitar o recorrente se ateve única e exclusivamente a literalidade do edital, desconsiderando todos os demais fatores, com destaque a documentação juntada pelo recorrente e proposta mais vantajosa.

Ademais, a habilitação daquele que apresenta documentação com vícios sanáveis, como no caso, inclusive é assegurado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme infere-se, *mutatis mutandis*, da seguinte ementa:

“*LICITAÇÃO - EMPRESA INABILITADA - APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO SEM A DEVIDA ATUALIZAÇÃO - VÍCIO PASSÍVEL DE SANEAMENTO****. Inadmissível considerar inabilitada empresa que preenche as exigências editalícias e cuja documentação contém mera irregularidade, sanável a qualquer tempo. LICITAÇÃO - FALHA FORMAL SUPERADA POR OUTROS ELEMENTOS CONSTANTES NO CERTAME LICITATÓRIO. Preenchidos todos os requisitos necessários para apurar a idoneidade e a capacitação fiscal de um concorrente, não há que se considerar inabilitado aquele que não cumprir determinação de ordem meramente formal e que não acarreta qualquer prejuízo à lei, à Administração e aos demais licitantes****. MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - PROCESSO FINDO - INEFICÁCIA DO MANDAMUS - EVENTUAL DIREITO À INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - VIAS ORDINÁRIAS. O fato da impetrante juntar, erroneamente, documento desatualizado, resulta de sua negligência. Por isso e, tendo em vista que o processo licitatório está encerrado, com o provável cumprimento do contrato, o mandamus se mostra ineficaz para o fim a que se destina, restando ao impetrante, o direito de pleitear, nas vias ordinárias, eventual indenização por perdas e danos.*” (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.004508-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Volnei Carlin, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-08-2002).

Com relação aos argumentos da recorrida, que o valor apresentado pela recorrente seria inexequível e que o documento alusivo da Junta comercial estaria vencido, não podem ser aceitos pois além de se tratarem de fatos novos não arguidos no momento oportuno (o que lhe acarretaria a decadência, conforme preceitua o art. 4º, inciso XX da Lei 10.520/2002 c/c item 8.1.10.3 do edital), não constituem fundamento suficiente a modificar a validade da proposta nem a habilitação da empresa recorrente.

Com relação à validade do documento exigido no item 5.8.1 do edital, destaca-se o que dispõe o texto editalício:

*“5.8 -* ***No caso de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP), participar da presente licitação com tratamento diferenciado das demais empresas,*** *é obrigatória a apresentação, dos documentos abaixo especificados:*

*5.8.1 - Certidão expedida pela Junta Comercial, com data de emissão não superior a 90 (noventa) dias, para comprovação da condição de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP), se for o caso, na forma do artigo 8° da Instrução Normativa n.º 103/2007 do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC.”*

Da leitura do edital fica evidente que sua exigência está vinculada **única e exclusivamente** para aplicar condição especial conferida às ME e EPP pela Lei Complementar nº 123/2006, ou seja, **sua validade não inabilita o concorrente à participar do certame** mas sim somente o impede, caso vencedora, de ter-lhe garantido o direito às benesses que a Lei federal da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte possuem, v.g.: empate ficto, prazo para juntada de negativas fiscais.

Como no presente processo não houve aplicação nem solicitação por qualquer dos licitantes de qualquer benesse da Lei Complementar nº 123/2006, não há prejuízo ao recorrente no que tange a eventual vencimento da declaração apresentada.

Sobre o argumento de suposta inexequibilidade da proposta nos termos do §1º do art. 48 da Lei 8.666/93, cabe a sua, onde consta que *“Serão desclassificadas: ... II -* ***propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüiveis****,* ***assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato****,* ***condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.*** *§ 1º* ***Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis****,* ***no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia****, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinqüenta por cento) do valor orçado pela administração, ou b) valor orçado pela administração.*” sem grifo no original.

Infere-se do texto legal que a inexequibilidade das propostas está atrelada a sua viabilidade de execução, assim compreendidos os critérios e condições especificadas no ato convocatório, sendo que as regras formais de aplicação de percentual contidas no parágrafo 1º **se limitam** à licitações de menor preço para **obras e serviços de engenharia**, não podendo adotar por analogia para todo e qualquer outro objeto, como o caso, que terão sua exequibilidade verificada através dos critérios estabelecidos no instrumento convocatório.

Além disso, analisando a proposta do recorrente com os orçamentos que compuseram o valor de referencia (fls. 19 a 39 da licitação), infere-se que a mesma guarda total afinidade com os valores mínimos orçados pela administração, inexistindo assim motivo para sua desclassificação.

1. **DECISÃO**

Ante todo o exposto e atendendo ao princípio da legalidade, impessoalidade, interesse públicoe considerando os fundamentos acima **DECIDE-SE** pelo **CONHECIMENTO DO RECURSO E CONTRARRAZÕES**, eis que tempestivos, e pelo **DEFERIMENTO/PROVIMENTO** dos pedidos formulados pela empresa Fabio Martins de Souza EPP/Recorrente, e INDEFERIMENTO dos pedidos formulados pela empresa Pablo Pereira ME, determinando a revisão da decisão proferida pelo pregoeiro na sessão do dia 04/02/2020, de modo a considerar **HABILITADA** Fabio Martins de Sousa EPP com a melhor proposta de preço, com sua consequente adjudicação, nos termos do edital.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Timbó, 14 de fevereiro de 2020

**JORGE REVELINO FERREIRA**

DIRETOR PRESIDENTE FCT

1. 14.9 - Constitui Autoridade Competente para em última instância administrativa analisar e julgar os recursos eventualmente interpostos, o Diretor Presidente da Fundação de Cultura e Turismo de Timbó (§ 1º, artigo 3º do Decreto Municipal n.º 2.976/2012). [↑](#footnote-ref-1)
2. Justen Filho. Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Adminsitrativos11ª ed. Dialética: São Paulo. 2005. Pag. 59-60 [↑](#footnote-ref-2)