

PARECER JURÍDICO

Assunto: Apresentação de Recurso Tomada de Preços nº 01/2021

Recorrentes:

1 – EDITORA DANGUS LTDA - CNPJ nº 03.892.051/0001-63.

2 – GRÁFICA EDITORA GUTEPLAN LTDA – CNPJ nº 43.719.855/0001-80.

Solicitado pelo setor de licitação, Parecer Jurídico no Processo Licitatório em questão modalidade Tomada de Preços tipo técnica e prego nº 01/2021, que tem como objetivo a Contratação de empresa para o fornecimento de material didático, para alunos e professores da Educação Infantil (de 3 a 5 anos) e do Ensino Fundamental (1º ao 5º ano), assessoria pedagógica e orientação continuada para professores e gestores, avaliação de aprendizagem dos alunos do Ensino Fundamental 1 e acesso a portal educacional para alunos, professores e gestores.

Em apertada síntese, a empresa Dangus insurge-se por meio de recurso fls. 590-512 contra a habilitação da empresa Guteplan, vez que está não apresentou Declaração contida no Anexo VIII, fl. 58 – Declaração de Compromisso com assessoria pedagógica continuada aos docentes e, prevista no item 1.7.1. do Edital – fls. 23.

Foi aberto oportunidade para a apresentação de contrarrazões à empresa Guteplan, afim de cumprir os princípios da ampla defesa e do contraditório, acostadas às fls. 523-531.

Na sequência, foi objeto de apresentação de novo recurso pela empresa Dangus – fls. 512-522, com o objetivo de reverter a sua desclassificação na avaliação técnica de suas apostilas. Porém, não foi aberto, neste ponto, prazo para manifestação da empresa Guteplan.

DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL

A Lei nº 8666/1993, em seu artigo 109, afirma que o prazo para apresentação de recurso é de 5 (cinco) dias úteis, o que foi observado pelas partes recorrentes.

DO MÉRITO RECURSAL

DA HABILITAÇÃO

A licitação pública destina-se, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a garantir que a proposta mais vantajosa seja selecionada pela Administração. Essa seleção deve ser julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido, é preciso evitar os formalismos excessivos e injustificados a fim de impedir a ocorrência de dano ao erário e valorizar a economicidade e vantajosidade das propostas apresentadas em disputa.

As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário. O objetivo do procedimento licitatório consiste em conseguir a melhor contratação dentro dos parâmetros legais estabelecidos, e qualquer excesso que fuja deste objetivo é mero formalismo, o que, prejudicaria o interesse público.

Impor a uma empresa a sua desclassificação na fase de habilitação por não apresentação de uma Declaração que tem mais razão de ser cobrada da empresa vencedora na fase de habilitação, é sobremaneira cultuar o formalismo severo em desfavor da disputa e da ampla concorrência.

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado.

No caso do referido Anexo VIII – fl. 58, é declaração que deve ser apresentada em momento oportuno (e não para fins de habilitação), mas antes da assinatura do contrato, haja vista o seu caráter de execução contratual.

Ademais, referida Declaração está prevista em duas oportunidades dentro do procedimento licitatório, quais sejam: na fl. 23, item 1.7.1 que trata dos anexos integrantes ao edital e na fl. 58, que é a própria Declaração.

Se seguirmo o rigor como espera a empresa Dangus, deveriam as empresas, ter apresentado Termo de Renúncia, também previsto no item 1.7.1.

Entretanto, sabemos que o termo de renúncia deve ser apresentado após a sessão de julgamento, desde que não se apresente interesse em recorrer.

Assim, não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de declarações desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo na fase de habilitação.

Entendemos que interpretação reducionista pode impor um formalismo exagerado e, assim, prejudicar o próprio processamento dos certames e das contratações públicas, impedindo, inclusive, o atingimento de um dos objetivos básicos da licitação pública, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

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, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação, com o alcance seu objetivo maior, que é a contratação da proposta que se lhe mostre mais vantajosa sob todos os aspectos.

Assim, não apresentar a Declaração contida no Anexo VIII é mera irregularidade de formalidade. É item pertinente à execução contratual.

Seguindo as determinações do próprio Edital, é possível verificar no Atestado de Capacidade Técnica de fls. 178-181 que a empresa Guteplan oferece os serviços contidos na famigerada Declaração, o que torna o anexo VIII mera formalidade e sua não apresentação irregularidade sanável para fins de

Execução Contratual, devendo ser cobrada antes da assinatura do contrato e somente da empresa vencedora do certame.

E, seguindo os itens 5.6.2 que rege o credenciamento, até a fase de habilitação, em qualquer momento determina a apresentação da Declaração contida no Anexo VIII.

O Tribunal de Contas da União – TCU posiciona-se veementemente contra o excesso de formalismo, fazendo constantes alertas a respeito da necessidade de ocorrer flexibilização nas regras de editais de licitação, já que é uma medida benéfica, sem a incidência de burla à lisura do certame.

O TCE-SP, apresenta em sua súmula 17, que “Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.”.

A Lei nº 8.666/93, é esclarecedora neste sentido, em especial a previsão contida nos artigos 27 a 32.

Conforme já tratado, os princípios das licitações estão previstos na própria Lei 8.666/93, em especial em seu artigo 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.”.

Pelo princípio do formalismo moderado os ritos são simplificados em prol da finalidade e enquanto que pelo princípio da instrumentalidade que não se confunde com o primeiro o foco é o aproveitamento do ato nulo, mas que atingiu sua finalidade como exemplo o decidido no HC 560.741/RS, sendo Relator para o Acórdão o Min. Rogério Schietti Cruz, j. 12.05.2020.

Em matéria de nulidade, rege o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato.

Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado e insanável, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação.

Para a declaração de nulidade de determinado ato deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, de modo que não é suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade.

Portanto, o princípio do formalismo moderado é uma técnica de abrandamento do rigor excessivo das formas em benefício da finalidade.

Conforme o artigo 43, § 3º da Lei de Licitações prescreve que facultase 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.

Assim, os documentos juntados às fls. 178-181, esclarece que a empresa Guteplan contempla nos seus serviços, a previsão contida na Declaração do Anexo VIII, podendo ainda, em caso de sagrar-se vencedora, apresentá-la antes da contratação.

Acresça-se a fato, a apresentação de declaração de concordância com os termos do Edital prevista no anexo III, no qual o mesmo Anexo VIII é parte integrante.

Em conclusão, o procedimento licitatório deve obediência a princípios legais, constantes no artigo 3º da Lei 8.666/93 que diz que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável sendo 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.

Nesse sentido, por meio do Acórdão TCU nº 342/2017 – 1ª Câmara, oriundo de representação que foi considerada prejudicada por perda de objeto em face da revogação da Tomada de Preços, foi dada ciência ao município de Itaetê/BA de que:

[...] em razão da jurisprudência consolidada do TCU (Acórdãos 1.791/2006 e 1.734/2009-Plenário, entre outros), configura formalismo excessivo a desclassificação de empresa participante de certame licitatório em decorrência de mero erro material no preenchimento de anexo, desde que seja possível aferir a informação prestada, sem prejudicar o andamento da sessão, situação ocorrida no julgamento das propostas das empresas na Tomada de Preços [...].

Mais uma vez o TCU considerou um formalismo exacerbado a desclassificação da empresa.

Salienta-se também que, quando há situações nesse sentido, o TCU costuma orientar os gestores a interpretar o edital sob a perspectiva da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes.

Diante disso, não comungamos da mesma orientação da Editora Dangus, e entender ser possível a manutenção da empresa Guteplan na fase Habilitatória e seguintes, haja vista que a Declaração não foi cobrada de qualquer empresa, não havendo assim, qualquer prejuízo a qualquer empresa participante do certame.

DA DESCLASSIFICAÇÃO DA EDITORA DANGUS NA AVALIAÇÃO TÉCNICA

Apresentado o recurso de fls. 512-522, não foi juntado ao procedimento, qualquer prova de abertura de prazo e dado conhecimento à empresa Guteplan para que, caso seja de interesse, apresente suas contrarrazões, em desrespeito ao princípio do contraditório.

Para fins de contagem de prazo, deve-se levar em consideração o período de recesso previsto no Decreto Municipal nº 2.245, de 22 de novembro de 2021.

Diante de toda a fundamentação acima exposta, nosso PARECER É:

1 - PELO CONHECIMENTO DOS RECURSOS apresentados pelas empresas Dangus e Guteplan, no MÉRITO, pela IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO apresentado pela empresa DANGUS relacionado à habitação da empresa concorrente, no intuito de manter legítima a participação da empresa GUTEPLAN desde a fase habilitatória;

2 - Seja aberto prazo para que a empresa Guteplan apresente contrarrazões, caso tenha interesse, em relação à desclassificação da empresa DANGUS na avaliação técnica;

3 - Passado o prazo fixado no artigo 109 da Lei de licitações, seja o procedimento devolvido a esta Procuradoria, para emissão de Parecer Complementar ao presente, salvo melhor juízo do chefe do poder executivo local.

Espírito Santo do Turvo, 21 de dezembro de 2021.

RICARDO
VIRANDO

Assinado de forma digital por
RICARDO VIRANDO
Dados: 2021.12.21 10:49:15
-03'00'

RICARDO VIRANDO
OAB/SP Nº 167.114

Assinado
"Cumpra-se nos
Termos do Parecer"