

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

Sumário

TEMPESTIVIDADE	2
DOS FUNDAMENTOS :	2
Dever de autotutela da administração :	3
Súmula 346.....	3
Súmula 473:	3
QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA	4
Comprovação da exequibilidade da proposta	4
Instrução Normativa SEGES/ME 73, de 30 de setembro de 2022.....	5
Item 7.8.3 do edital (pág 12)	6
Ausência de detalhamento de taxa de Encargos Sociais.	7
Acórdão 1447/2007 – TCU - Plenário.....	8
Acórdão 220/2007 Plenário	8
Inconsistências e erros na planilha de BDI	9
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS	12
Aplicação do princípio do formalismo moderado nos processos licitatórios	12
Princípio do julgamento objetivo	13
Princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.....	13
Princípio da razoabilidade	14
Do formalismo moderado	14
Da necessidade de observância do princípio vinculação ao edital	17
Conclusão	19
DO PEDIDO	19
Figura 1 Custos aplicados.....	7
Figura 2 Planilha de Custo da RECORRIDA	11

Flávio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

A JUSTIÇA DO TRABALHO NO ESTADO DE MINAS GERAIS. UASG 080008

REF.: PREGÃO ELETRONICO Nº 90002/2024

Flávio Henrique Ferreira Silva MEI , analista sênior em licitação, CNPJ Nº 52.521.238/0001-66, endereço eletrônico licitarfh@gmail.com, com escritório à Rua Roberto Camilier nº 558 , aqui qualificada como RECORRENTE legítima participante do Certame Licitatório acima referenciado, por seu representante legal, vem, tempestivamente, à presença de V. Sa., contra a decisão que classificou a empresa **REURBIS CONSULTORIA MINAS GERAIS LTDA CNPJ 40.671.657/0001-03** nos autos do Pregão Eletrônico em epígrafe, pelos fatos e fundamentos expostos a seguir., interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

TEMPESTIVIDADE

É o presente Recurso Administrativo plenamente tempestivo, uma vez que a intimação para da Decisão Administrativa ora atacada se deu aos 29 dias do mês de fevereiro de 2024. Sendo o prazo legal para a apresentação da presente medida recursal de 03 (três) dias úteis, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o termo final do prazo recursal na esfera administrativa apenas se dará em data de 04 de março do ano em curso, razão pela qual deve essa Douta Comissão Especial de Licitação conhecer e julgar a presente medida.

DOS FUNDAMENTOS :

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

Dever de autotutela da administração :

Primeiramente, cumpre à parte recorrente ressaltar acerca do dever de autotutela atribuído à Administração Pública. Segundo o dever de autotutela, a Administração tem o poder-dever de controlar seus próprios atos, revendo-os e anulando-os quando houverem sido praticados com alguma ilegalidade.

É nesta perspectiva que foram sumulados pelo Supremo Tribunal Federal os seguintes entendimentos:

Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial

Tais súmulas foram firmadas na Tese de Repercussão Geral que prevê que:

Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. [Tese definida no RE 594.296, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 21-9-2011, DJE 30 de 13-2-2012, Tema 138.]

De igual modo, a jurisprudência da Suprema Corte dispõe:

No caso dos autos, conforme destacado no acórdão atacado, é incontroverso que o impetrante foi convocado e nomeado após expirado o prazo de validade do concurso público. Desse modo, como preconiza a própria Constituição Federal, a não observância de concurso público e seu respectivo prazo de validade para a investidura em cargo ou emprego público torna o ato nulo. (...) É pacífico, nesta Suprema Corte, que, diante de suspeitas de ilegalidade, a Administração Pública há de exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em desrespeito ao princípio da segurança jurídica ou da confiança. (...) Não subsiste o direito alegado pelo recorrido, visto ser impossível atribuir-se legitimidade a qualquer convocação para investidura em cargo público não comissionado realizada depois de expirado o prazo de validade do certame após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sob pena de se transpor a ordem constitucional e de se caminhar de encontro aos ditames preconizados pelo Estado Democrático

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

de Direito. Entendo, por conseguinte, não ser possível invocar os princípios da confiança e da boa-fé para amparar a presente demanda, uma vez que a matéria em questão está inserida na ordem constitucional, a todos imposta de forma equânime. [ARE 899.816 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 7-3-2017, DJE 57 de 24-3-2017.]

É cediço que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deriva do princípio da legalidade e da objetividade das determinações habilitatórias. Este princípio impõe à Administração e ao licitante a **OBRIGAÇÃO** de obedecer às normas estabelecidas no Edital de forma objetiva, mas sempre velando pelo princípio da competitividade.

Dessa maneira, este princípio vincula tanto a Administração quanto os interessados, desde que, como salientado, as regras editalícias estejam em conformidade com a lei e a Constituição.

Conforme o art. 5º da Lei nº 14.133/2021 na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)**

QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Comprovação da exequibilidade da proposta

A exequibilidade refere-se à possibilidade jurídica e material de executar uma proposta, sendo determinada pela licitude e viabilidade da sua execução de acordo com os conhecimentos técnicos disponíveis em um determinado momento.

O Inciso III do Artigo 11 da Lei n.º 14.133/2021 estipula como um dos objetivos do processo licitatório evitar contratações com preços manifestamente inexequíveis. Contudo, não estabelece um critério estável para determinar os parâmetros pelos quais uma proposta pode ser considerada

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

inexequível.

Uma decisão administrativa que busca afastar a inexequibilidade de uma proposta não pode basear-se em argumentos genéricos. Pelo contrário, para ser considerada minimamente fundamentada, a decisão deve abordar de forma específica como e quais documentos apresentados na proposta comprovam que os custos dos insumos são compatíveis com os do mercado e que os coeficientes de produtividade são adequados à execução do objeto do contrato.

A Instrução Normativa SEGES/ME 73, de 30 de setembro de 2022, que dispõe sobre as licitações pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica.

De acordo com Eduardo Guimarães, essa norma regulamentadora, embora apenas no âmbito federal, enfrentou a questão e definiu que:

Instrução Normativa SEGES/ME 73, de 30 de setembro de 2022

Art. 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexequibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

Parágrafo único. A inexequibilidade, na hipótese de que trata o caput, só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:

I - que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

II - inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

“Portanto, pela primeira vez encontramos na legislação um parâmetro objetivo para análise de exequibilidade de propostas nas licitações para aquisição de bens e contratação de serviços em geral”, avalia ele. “A IN SEGES/ME 73 apresenta referências claras e objetivas para que a Administração possa realizar a devida diligência, no sentido de aferir a exequibilidade das propostas apresentadas nas licitações”.

São elas:

75% do orçamento estimativo para obras e serviços de engenharia; e

50% do orçamento estimativo para aquisição de bens e serviços em geral.

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

Vejamos abaixo o quadro demonstrativo dos itens vencidos pela empresa **RECORRIDA** neste certame, são eles:

Item	Preço Estimado	Preço Licitante	% Estimado
1	R\$ 1.568,80	R\$ 535,00	34,10%

Os itens submetidos a avaliação demonstram que aqueles inferiores a 75% não atendem aos requisitos estabelecidos, corroborando, assim, a inexecuibilidade da proposta em conformidade com a legislação vigente, especificamente a Lei nº 14.133/21 e o item 7.8.3 do edital

Item 7.8.3 do edital (pág 12)

7.8.3. No caso de serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, independentemente do regime de execução.

Se houver indícios de inexecuibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 2º do art. 59 e art. 64 da Lei n. 14.133/2021, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo-se adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

1. Questionamentos junto à proponente para a apresentação de justificativas e comprovações em relação aos custos com indícios de inexecuibilidade;
2. Verificação de acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas em dissídios coletivos de trabalho;
3. Levantamento de informações junto aos órgãos públicos competentes;
4. Consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares;
5. Pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas;
6. Verificação de outros contratos que a proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada;

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

Ausência de detalhamento de taxa de Encargos Sociais.

Em seu conteúdo, as planilhas de custos identificam, fundamentalmente, dois grandes grupos de gastos: os custos diretos e as despesas indiretas. Gastos, custos e despesas são conceitos básicos aplicáveis à contabilidade de custos, que, no escopo deste trabalho possuem as seguintes concepções:



Figura 1 Custos aplicados

Quanto à relevância, a decomposição do preço final em planilhas de custo, além de estimar a despesa de determinada contratação, auxilia a Administração no controle do valor do contrato, permitindo a identificação de indícios de inexecução das propostas ou evitando o sobrepreço de custos unitários ou, ainda, inibindo a prática do chamado “jogo de planilha”.

O modelo de planilhas de custos e formação de preços do STJ possui uma estrutura constituída por planilhas, quadros resumos, módulos, submódulos e itens. Todo esse sistema de cálculo visa compor o custo analítico de cada profissional, e, conseqüentemente, sintetizar o valor total estimado da contratação. É importante notar que todos esses elementos buscam não só uma lógica integração dos custos para formar o preço da mão de obra, mas também manter uma organização e padronização no âmbito das contratações do STJ.

Igualmente, a proposta da empresa deve apresentar o detalhamento de seus preços. Não se trata de desclassificar a concorrente por discordância de eventual insumo, posto que tal rigor em nada contribui para a obtenção da “melhor proposta”. A demonstração

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier , 558 – Belem/PA CEP 66033-420

objetiva de todos os custos do empreendimento subsidia a Administração em eventuais análises de exequibilidade da proposta. Também evita a ocorrência de duplicidades de encargos dispostos no orçamento e serve de lastro probatório para o discernimento de futuros pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

A Jurisprudência do Tribunal de Conta da União – TCU traz também inúmeras deliberações no sentido de que o projeto básico deve ser acompanhado de orçamento detalhado com todas as composições de seus custos unitário

Acórdão 1447/2007 – TCU - Plenário

Exija dos proponentes a apresentação da composição detalhada dos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI, bem assim dos percentuais de encargos sociais.

Exija que as propostas orçamentárias dos licitantes venham acompanhadas dos respectivos memoriais de cálculo, das composições de custo unitário de todos os seus itens, da composição detalhada do BDI, bem assim dos percentuais de encargos sociais.

Acórdão 220/2007 Plenário

Exija dos proponentes a apresentação da composição detalhada dos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI, bem assim dos percentuais de encargos sociais. Exija que as propostas orçamentárias dos licitantes venham acompanhadas dos respectivos memoriais de cálculo, das composições de custo unitário de todos os seus itens, da composição detalhada do BDI, bem assim dos percentuais de encargos sociais. (Encargos sociais e de BDI) e com todos os demais documentos necessários ao julgamento da licitação, em cumprimento ao art. 43, incisos IV e V, da Lei nº 8.666/1993, não se admitindo, sob qualquer hipótese, a inclusão posterior de nenhum documento ou informação necessária para o julgamento e classificação das propostas, conforme os critérios de avaliação constantes no edital, em atendimento ao que dispõe o § 3º do citado artigo.

Acórdão 110/2007 Plenário (Sumário)

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

É irregular a classificação de empresa cuja proposta contenha falha na cotação de itens relacionados a encargos sociais.

Acordão 2504/2010 - Marcos Benquerer

Em contratações de obras e serviços de engenharia, deve constar nos editais, além do critério de aceitabilidade de preços unitários, exigência para que os licitantes apresentem as composições dos preços unitários dos serviços ofertados, bem como o detalhamento do BDI e dos encargos sociais.

Na Proposta e nas planilhas de orçamento apresentada pela empresa RECORRIDA **NÃO FOI APRESENTADO PLANILHA DE ENCARGOS SOCIAIS** requisito solicitado pelo edital no item 7.10.1. **Na planilha apresentada, foi registrado um salário base para o perito no valor de R\$ 4.000,00. No entanto, com a adição de encargos sociais, o valor total ascendeu a R\$ 5.000,00. Isso representa uma diferença de R\$ 1.000,00, equivalente a um acréscimo de 25% em relação ao salário base.** A parte recorrida atribuiu essa diferença aos encargos sociais, porém, não forneceu uma estratificação detalhada para justificar como esse valor foi alcançado. A referida planilha pode ser visualizada na imagem abaixo (Figura 1).

Inconsistências e erros na planilha de BDI

O termo BDI em licitação refere-se a Benefícios e Despesas Indiretas. BDI é um índice aplicado sobre o custo direto de uma obra ou serviço em uma licitação, representando os custos adicionais que não estão diretamente relacionados aos insumos específicos da obra, mas que são necessários para a execução do projeto. O BDI é expresso como uma porcentagem que é adicionada ao custo direto para calcular o preço global da proposta.

Os custos diretos incluem materiais, mão de obra direta e equipamentos diretamente associados à execução da obra. Já o BDI engloba os custos indiretos e os benefícios, como despesas administrativas, impostos, lucro da empresa, despesas financeiras, entre outros. Ele é utilizado para garantir que todos os custos associados à execução da obra estejam considerados na proposta apresentada durante um processo licitatório.

O BDI varia de acordo com as características específicas de cada projeto e pode ser negociado entre a empresa licitante e a entidade contratante, dentro dos limites estabelecidos

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

pela legislação. É importante que as empresas compreendam bem os elementos que compõem o BDI e que estejam em conformidade com as regras estabelecidas pelo TCU .

A Licitante deverá preencher apenas uma tabela de BDI, a depender se a empresa é onerada ou desonerada, ou seja, optante ou não do regime tributário do Art. 7º da Lei 12546/2011 (desoneração de folha de pagamento).

Constatou-se o que segue:

A empresa RECORRIDA, aplicou um percentual de lucro de 34,84%. No entanto, este percentual está em contradição com a Lei 14.133/21 e com as decisões judiciais emitidas pelo tribunal, em particular o Acórdão TCU 2622/2013. Portanto, a aplicação deste percentual de lucro pela parte recorrida é questionável à luz da legislação e jurisprudência vigentes.

Importante registrar que, no caso dos custos indiretos e da margem de lucro é permitido que as licitantes citem percentuais individuais fora dos patamares definidos no edital, desde que respeitado o resultado da soma do limite. Essa recomendação foi oriunda do Acórdão n. 408/2019 – TCU – Plenário e do Parecer Jurídico n. 379/2019.

Além disso a empresa lançou somente um índice total da alíquota do simples nacional de 5%. Este índice requer uma diligência por parte desta douta comissão de licitação para verificar sua autenticidade, uma vez que não houve um detalhamento dos componentes que compõem este índice. Portanto, é imperativo que sejam tomadas medidas para esclarecer esta questão.

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

REURBIS		PLANILHA DE CUSTOS E PREÇO DOS SERVIÇOS									
CONSULTORIA MINAS GERAIS		" O Preço de venda hoje é definido pelo mercado "									
SERVIÇO Laudo de avaliação de mercado dos imóveis utilizados ou de interesse da Justiça do Trabalho no Estad DATA: 05/03/2024											
1.0 MÃO-DE-OBRA DIRETA - MDO											
Função	Qt	Salário	Encargos	Salário	HORAS		Custo Serviço				
		R\$	%	+encargos R\$	Empregador / Mês	Disponíveis / Mês	Custo / hora R\$	Tempo gasto serviço (h)	Custo MDO R\$		
1.1 Perito avaliador	1	4000		5.000,00	48	48	104,17	3	312,50		
1.2						0					
1.3						0					
1.4						0					
1.5 Sub-total	1	0		5.000,00		48	104,17	3	312,50		
1.6 CUSTO DA MOD										312,50	
2.0 DESPESAS FIXAS											
	Despesa Fixas								R\$		
2.1	Pró-labore								-		
2.2	Encargos sociais sobre pró-labore								-		
2.3	Salários administrativos								-		
2.4	Encargos sociais sobre salários administrativos								-		
2.5	Seguros								-		
2.6	Despesas bancárias								-		
2.7	Juros								-		
2.8	Honorários contábeis								-		
2.9	Material de expediente								-		
2.10	Aluguel								-		
2.11	Despesas de viagens								50,00		
2.12	Água								-		
2.13	Luz								-		
2.14	Telefone								-		
2.15	Propaganda								-		
2.16	Ônibus, taxi, correios								-		
2.17	Manutenção								-		
2.18	Outros								100,00 ART		
2.19									-		
2.20 TOTAL DESPESAS FIXAS										150,00	
3	RATEIO DAS DESPESAS FIXAS		150,00	PELAS	HORAS DISPONÍVEIS NO MÊS		48				
4	DESP FIXA DO SERVIÇO = RATEIO DA DESP FIXA				3,13	X	TEMPO GASTO SERVIÇO	3,00	9,38		
5	CUSTO DA TOTAL DA MDO =		MDO (1.5)	312,60	+	RATEIO DESP FIXA (3)	9,38	321,88			
6.0 DESPESAS DE COMERCIALIZAÇÃO											
6.1	Despesas Comercialização								%		
6.2	ISS										
6.3	COFINS (3 %)										
6.4	PIS (0,65 %)										
6.5	COMISSÕES										
6.6	SIMPLES								5		
6.7	CPMF										
6.8	IPI										
6.9	Contribuição social (1%)										
6.10	OUTROS										
6.11	(%) TOTAL DE DESPESAS DE COMERCIALIZAÇÃO								5,00		
7	(%) LUCRO DESEJADO								34,84		
8	(%) DESPESAS COMERC + LUCRO								39,84		
9	PREÇO DO SERVIÇO =								535,00		
$\frac{(\text{CUSTO TOTAL DA MDO}) \times 100}{(100 - [(\% \text{ DESP COM} + (\% \text{ LUCRO}))]}$											
10 CUSTO MATERIAL APLICADO CALCULADO A PREÇO DE VENDA DO COMÉRCIO											
	Materials	Unid	Qt	PREÇO R\$							
				Unitário	Total						
10.1	Mat 1				-						
10.2	Mat 2				-						
10.3	Mat 3				-						
10.4 CUSTO TOTAL MATERIAL APLICADO										-	
13	PREÇO FINAL = PREÇO DO SERVIÇO + CUSTO MATERIAL APLICADO								535,00		

Figura 2 Planilha de Custo da RECORRIDA

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Aplicação do princípio do formalismo moderado nos processos licitatórios

Venho, por meio desta, apresentar fundamentação técnica justificando a ausência de "excesso de formalismo" na elaboração do referido recurso. Contudo, é necessário esclarecer que a eficácia da Lei Federal nº 14.133/2021, que passará a regular todas as contratações públicas, respeitados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, CF).

Registre-se, ainda, que ao longo do tempo, houve a edição de leis esparsas versando sobre determinadas temáticas relacionadas à licitação, tais como a Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/2002), Lei dos contratos de publicidade (Lei Federal nº 12.121/2010), Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei Federal nº 12.462/2011), Lei das Estatais (Lei Federal nº 13.303/2016).

A presente peça recursal visa discorrer, à luz das disposições da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, sobre a necessidade de flexibilizar, no âmbito das contratações públicas, certas regras editalícias de cunho formal, adotando-se a hermenêutica constitucional que estabelece a ponderação de princípios, especialmente no que tange à fase de habilitação, nela inserida a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista.

Digno de nota as inovações trazidas pela nova lei de licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) que, destinando título especial aos princípios, inclui expressamente os princípios do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade, além de orientar pela observância do disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Por evidente não se pretende esgotar no presente trabalho, sem desconsiderar seu relevo e importância, a análise de todos os princípios e os desdobramentos que advêm de sua aplicação nos procedimentos licitatórios, porquanto infundável a atuação do operador do direito quanto a esta temática. Portanto, faz-se um recorte para tratar especificamente e de forma breve acerca dos princípios indispensáveis à compressão da celeuma que se pretende abordar, dando destaque

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

ao princípio do formalismo moderado, objeto central deste estudo, que será tratado em tópico destacado dos demais princípios.

Princípio do julgamento objetivo

A atuação da administração pública, deve, sempre que possível, ser pautada por regras e critérios objetivos, inclusive como forma de homenagear o princípio da impessoalidade e, em última análise, do princípio da isonomia. Por esta razão, a Lei 8.666/93 buscou retirar do administrador a subjetividade das escolhas no âmbito das licitações públicas ao prescrever no art. 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com o princípio do julgamento objetivo. Na Nova Lei de Licitações, Lei Federal nº 14.133/2021, o referido princípio encontra-se expressamente previsto no art. 5º.

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Nas palavras de Lucas Rocha Furtado “o julgamento objetivo significa, ademais, além de os critérios serem objetivos, que eles devem estar previamente definidos no edital. Não seria possível, por exemplo, querer a comissão de licitação, durante a realização do certame, escolher novos critérios não previstos no edital para julgar as propostas apresentadas.”.

Princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração

Conforme se extrai da leitura do art. 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, a licitação destina-se a garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Na nova lei de licitação, a vantajosidade é prevista no rol de objetivos do processo licitatório (art. 11, inc. I). Esta vantajosidade pode ser aferida tanto pela perspectiva econômica quanto pelo atingimento de outros objetivos de valores distintos, que também refletem o interesse público. A exemplo, é possível que o a vantajosidade recaia sobre o grau de sustentabilidade ecológica apresentada pela proposta. Ao tratar acerca da conceituação da vantajosidade JUSTEN FILHOS elucida:

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos interrelacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração. ”

Princípio da razoabilidade

Conforme preleciona José dos Santos Carvalho Filho, razoabilidade é:

“a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhece-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade.” A aferição desta razoabilidade, na atividade administrativa, é conferida especialmente aos agentes públicos no exercício de sua competência, sendo vedado ao juiz se imiscuir na vontade da Administração, substituindo o juízo de valor conferido na situação in concreto pelo seu próprio, sob pena de infringir o princípio da separação dos poderes (CF, Art. 2º). Não se está aqui a tratar das situações em que há inobservância dos parâmetros e requisitos legalmente impostos, pois nestes casos estaríamos diante de violação ao princípio da legalidade.

10 Como antecipado no prefácio deste tópico, para melhor disposição do tema, as considerações acerca do formalismo mitigado serão tratadas em tópico distinto, sendo necessário que se faça um recorte para tratar da teoria do sopesamento dos princípios.

Do formalismo moderado

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 que “a licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

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. Cuida-se, pois, de conciliar a segurança dos indivíduos com a simplicidade das formas. 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. Nesta seara, com o advento da Lei Federal nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), o legislador se ocupou em trazer uma nova perspectiva do direito, com o intuito de privilegiar o conteúdo em detrimento da forma, adotando o princípio da primazia da decisão de mérito como norte a autorizar a sanabilidade de atos, a exemplo dos seguintes dispositivos, extraídos da referida Lei: art. 4º, art. 6º, art. 932, parágrafo único, art. 933, art. 938, §§1º, 2º e 4º, art. 1.007, §§2º e 4º, art. 1.017, §3º, art. 1.029, §3º. Não obstante se reconheça subsistir distinções entre os processos judiciais e processos administrativos, estas diferenças apenas evidenciam que o princípio do formalismo moderado tem estreita afinidade com procedimentos administrativos.

Diante deste raciocínio 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. É neste sentido que se orienta o TCU: 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) (nosso grifo)

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: (...)

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

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;

Diante de todo narrado é que se pode concluir que o princípio do formalismo moderado manifesta uma busca pela verdade real, no intento de privilegiar a finalidade em detrimento do rigorismo formal, contudo, tal princípio não pode ser adotado isoladamente, devendo ser entendido como um elemento de um complexo normativo a ser sopesado pelo operador do direito em relação aos demais princípios que regem o direito público, em especial - alinhando ao objeto deste estudo - com os princípios que norteiam as licitações públicas. 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 no art. 64, 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 com o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

Inclusive o TCU publicou o Acórdão n, 1211/2021 que flexibilizou tal regra, entendendo pelo cabimento da apresentação de documento novo para sanar ou esclarecer alguma questão relativa à habilitação ou à proposta em decorrência de algum equívoco ou falha da licitante no momento da juntada dos referidos documentos, desde que tal documento confirme condição pré-existente à abertura da sessão pública, vejamos:

Acórdão 1211/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Documento novo. Vedação. Definição. A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), 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 da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

O presente Acórdão estabelece duas condições para essa inclusão, de maneira a assegurar a isonomia do certame, quais sejam:

1 - O pregoeiro deve fundamentar o ato de solicitação de documento novo, indicando o que deve ser esclarecido; e

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

2 - O documento novo deve ter como propósito apenas comprovar condição pré-existente, ou seja, que a licitante já atendia quando da data marcada para entrega dos documentos.

Cabendo ainda, no meu entendimento, com base no § 1º do art. 64, emitir despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo aos documentos diligenciados a devida eficácia para fins de habilitação e classificação.

Assim sendo, no caso de ausência de algum documento habilitatório técnico proposta que deveria ter sido entregue no início da licitação, comprobatório de condição pré-existente do licitante, como a Administração deverá operar?

Entendo que tal questão aqui relatada, deve ser muito bem regulada pelo edital de licitação, para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição, em acordo com o inciso II do art. 11 da lei 14.133/21, além de se evitar um possível recurso administrativo e a conseqüente possibilidade de atrasos ou ainda a judicialização do certame.

Portanto, a alegação de "excesso de formalismo" carece de fundamentação concreta e, por conseguinte, não encontra respaldo na análise criteriosa da peça recursal em comento. A observância das formalidades essenciais ao processo licitatório não deve ser confundida com excessos que, em última análise, comprometeriam a eficácia do sistema.

Por conseguinte, a presente insurgência recursal respeita os limites legais, mantendo-se restrita à técnica processual sem que isso importe em uma barreira intransponível ao direito material discutido nos autos.

Da necessidade de observância do princípio vinculação ao edital

Ab initio, cumpre frisar a necessidade de observância do princípio da vinculação ao edital, que deve reger qualquer processo licitatório.

Sabe-se que o edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos os licitantes para que concorram em igualdade de condições. As regras do edital convocatório devem ser atendidas pelos licitantes para que possam ser considerados habilitados.

Na lição de Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., p. 64), "a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exhaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei."

A transgressão do edital marca a também violação de princípios aplicáveis à relação entre Administração e administrado. Ensina Jesús González Pérez que a aplicação da confiança legítima possui os seguintes requisitos:

(a) ato da Administração conclusivo o suficiente para provocar no afetado um dos seguintes tipos de confiança:

(a.1) de que a Administração atua corretamente,

(a.2) de que é lícita a conduta que mantém com a Administração, ou

(a.3) de que suas expectativas como interessado são razoáveis;

(b) que a Administração, mediante sinais externos ainda que não juridicamente vinculantes, oriente o administrado a uma conduta;

(c) ato da Administração que constitua ou reconheça uma situação jurídica em cuja perdurabilidade seja possível confiar;

(d) causa idônea para provocar a confiança do administrado, o que não poderá ocorrer em casos de mera negligência, ignorância ou tolerância;

(e) que o administrado cumpra com os deveres e obrigações que lhe incumbem no caso.

Do exposto, vê-se que o edital atende a tais pressupostos. Por meio dele a Administração comunica ao público-alvo o interesse em licitar, divulgando as condições para ingresso, permanência e vitória na competição. Daí o porquê de a ofensa à vinculação ao edital implicar também ofensa à proteção da confiança legítima.

Indiscutível, portanto, que o edital vincula tanto a Administração Pública quanto os participantes. Assim, o princípio da vinculação ao edital orienta 'que a Administração e os licitantes ficam sempre subordinados aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Portanto, resta consagrado que o Edital Licitatório é lei interna da licitação. Por sua vez, a igualdade, princípio primordial do procedimento licitatório, veda a discriminação entre os participantes, sem que, contudo, impeça que a Administração 'estabeleça requisitos mínimos de participação, desde que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento

Flavio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

de qualquer outro interesse público, em conformidade com o previsto nos arts. 15 , 62 e 63 e 33 da Lei 14.133, de 2021.

3. Leciona ainda, Hely Lopes Meirelles, que “Essa é a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre perseguição ou favoritismo administrativo, desigualando os proponentes por critérios subjetivos de predileção ou repúdio pessoal do administrador, mas sem nenhum motivo de interesse público e sem qualquer vantagem técnica ou econômica para a Administração”

Conclusão

Desta feita, mostra-se imprescindível para a validade do procedimento licitatório, a observância dos princípios norteadores da Administração Pública, e mais, ainda os princípios que norteiam o processo licitatório.

DO PEDIDO

Todos os empresários, ao participarem de licitações promovidas pelos entes da Administração Pública, firmam termo de que conhecem as disposições contidas nos editais que participam. Sabem, por consequência, que declarar que possuem condições de participação sem tê-las, pode acarretarem sanção.

Considerando o exposto, solicito respeitosamente a Vossa Senhoria que analise minuciosamente todas as considerações apresentadas acima. Com a devida vênia, peço que RECONSIDERE a decisão, avaliando as empresas em questão como INABILITADA neste certame, pelos seguintes motivos:

- 1. A procedência do recurso e o deferimento;**
- 2. Remessa deste recurso administrativo para uma instância superior, caso seja julgado improcedente, devidamente informados e com a devida reforma da decisão;**
- 3. MANIFESTA-SE DESFAVORAVELMENTE à proposta da empresa RECORRIDA , no presente certame, tendo em vista a ausência de demonstração de viabilidade econômica da proposta, especialmente nos itens elencados nos subtítulos em epígrafe.**

Flávio Henrique Ferreira Silva

Analista sênior em licitação

CNPJ Nº 52.521.238/0001-66 – Insc Est : 15.921.165

End: Rua Roberto Camilier, 558 – Belem/PA CEP 66033-420

4. Diante disso, apresento uma fundamentação técnica que justifica a ***inexistência de "excesso de formalismo" na elaboração do recurso em questão***. Nesse sentido, a alegação de "excesso de formalismo" carece de fundamentação concreta e, portanto, não encontra respaldo na análise criteriosa da peça recursal em discussão. A observância das formalidades essenciais ao processo licitatório não deve ser confundida com práticas excessivas que, em última instância, comprometeriam a eficácia do sistema.

5. Inclusive, é de bom alvitre salientar que nos termos do art. 3º, do Decreto-Lei n.º 4.657/43: ***"Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"; (grifamos)***.

Este requerimento visa a revisão da decisão proferida, fundamentada nas irregularidades identificadas no cumprimento do edital e das normativas em vigor.

Nesses Termos,

pede deferimento

Belém/PA, 19 de março de 2024

Flávio Henrique F Silva
Analista Sênior de Licitação