

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Pregão Presencial nº 09/2021

OBJETO: contratação de empresa especializada para realização de coleta, transbordo e tratamento de resíduos de saúde dos grupos A, B, E da resolução CONAMA 385/2005 e RDC 228/2018 da ANVISA.

RECORRENTES: NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA
STERICYCLE SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA

1. RELATÓRIO DO PROCESSO LICITATÓRIO

A sessão de abertura do certame ocorreu no dia 20 de julho de 2021, às 09:34h, sendo que foram recebidos os envelopes de habilitação e propostas de preços das interessadas **NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA, SERQUIP TRATAMENTO DE RESIDUOS MG LTDA, ECOTGA LTDA EPP e STERICYCLE SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA** através de representante devidamente credenciado.

Lançadas as propostas foram classificadas para etapa de lances **NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA, SERQUIP TRATAMENTO DE RESIDUOS MG LTDA e STERICYCLE SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA**.

A licitante **NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA** apresentou a melhor proposta, porém foi declarada inabilitada posto que descumpriu o subitem 8.5.15 do Instrumento Convocatório.

Posto isto, convocou-se o licitante melhor classificado **SERQUIP TRATAMENTO DE RESIDUOS MG LTDA**, sendo o mesmo declarado habilitado.

Insatisfeitos com a decisão da Pregoeira Oficial, os licitantes **NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA, ECOTGA LTDA EPP e STERICYCLE SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA** manifestaram desejo de apresentar recurso em sessão, sem motivar o mesmo.

Diante da manifestação dos licitantes **NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA, ECOTGA LTDA EPP e STERICYCLE SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA**, nos termos do art. 4º inc XVIII da Lei 10.520/2002, fica assegurado o prazo de 03 (três) dias para apresentação de razões do recurso na forma de memoriais, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos e, em igual período aos recorridos para apresentação de contrarrazões recursais.

Em síntese, é o relatório.

2. Dos Memoriais

2.1. Das Razões Recursais da empresa **NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS**



LTDA

Alega que foi inabilitada indevidamente posto que descumpriu o subitem 8.5.15 do edital de licitação.

Defende que tal declaração poderia ter sido feita em sessão de licitação, de próprio punho, haja vista que apresentou licença operacional da Prefeitura de Uberaba, comprovando que pode operar unidade de tratamento de resíduos sólidos.

Invoca o Princípio do formalismo moderado para sustentar sua teoria, argumentando que sua inabilitação foi excessiva e rigorosa.

Ao final requer provimento ao presente recurso para rever a decisão e habilitar a recorrente.

2.2. Das Razões Recursais da empresa STERICYCLE SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA

A recorrente defende a inexecuibilidade da empresa recorrida, sob a fundamentação que a menor proposta encontra-se aproximadamente 55,69% do valor referência ao qual, à luz do Art. 48, §1º da Lei de Licitações, qualquer proposta que corresponde a menos que 70% seria considerada inexecuível.

Alega que outro ponto de inexecuibilidade seria a distancia entre os municípios que compõe o CONVALE e o local do tratamento dos resíduos devidamente licenciado da empresa vencedora, considerando a complexidade logística.

Invoca condicionante para afirmar que os resíduos só podem ser incinerados no prazo máximo de 08 horas e a empresa recorrida gastará aproximadamente 10 horas no trajeto entre o ponto de coleta e a estação de tratamento, comprometendo a segurança exigida na execução dos serviços, bem como a licença de operação do tratamento.

Por fim requer provimento ao recurso impetrado e consequente declaração de inexecuibilidade da menor proposta.

2.3. Das Contrarrazões Recursais da empresa SERQUIP TRATAMENTO DE RESIDUOS MG LTDA

Em contrarrazões afirma que possui serviços com rotas diárias específicas que serão aproveitadas na região, sendo que possui uma das maiores frotas de veículos e que o preço apresentado levou em consideração todos os custos para elaboração da proposta final.

No tocante a distancia entre local de coleta e os municípios, esclarece que a coleta ocorrerá mensalmente, o que não implicará em qualquer dificuldade na execução dos serviços licitados.

Alega ainda, que os resíduos deverão ser incinerados no prazo máximo de 08



horas, o que de fato ocorre após estar na unidade de tratamento, uma vez que não leva-se em conta o período de coleta e transporte, como quer fazer crer o recorrente, concluindo que o mesmo fez a interpretação indevida da análise da licença.

Ao final requer que seja desprovido o recurso mantendo assim a decisão de habilitação da recorrida.

3. PRELIMINARMENTE - DA ADMISSIBILIDADE

À análise preliminar cumpre a verificação dos requisitos formais para apresentação do recurso.

Os recursos foram recebidos dentro do prazo legal que versa o artigo 4º inc XVI da Lei 10.520/02.

À análise preliminar cumpre a verificação dos requisitos formais para apresentação do recurso.

O edital convocatório dispõe que para interposição de recurso deverá o licitante interessado manifestar sua intenção após a declaração do vencedor feita pelo Pregoeiro nos seguintes termos:

“10.1 – Encerrado o julgamento das propostas e habilitação, o Pregoeiro proclamará a vencedora, proporcionando, a seguir, a oportunidade às licitantes para que manifestem imediata e motivadamente a intenção de interpor recurso, sob pena de decadência do direito por parte da licitante”

Conforme já dito, indagado aos licitantes sobre a intenção de interpor recurso quanto à decisão tomada na fase externa do processo licitatório, as licitantes manifestaram a intenção, oportunamente, garantindo assim o exercício do seu direito de recorrer.

Com relação à tempestividade, verificamos que as razões e contrarrazões recursais foram protocolizadas dentro do prazo estipulado no edital convocatório.

4. DOS FUNDAMENTOS

Primeiramente, é importante informar que essa análise é compartilhada pelo Pregoeiro e Equipe de Apoio e tem pleno amparo na legislação e na melhor doutrina que dispõe sobre licitação na modalidade Pregão.

Cabe ressaltar que todos os procedimentos adotados em relação ao Pregão Presencial nº 09/2021, estão em consonância com as Leis de nº 8.666/93 e 10.520/2002 e teve como sua primeira referência norteadora o disposto no Art. 3º da lei 8666/93, *verbis*:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio



constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.” (grifo nosso)

É evidente que, conduzidas pelo espírito competitivo, as recorrentes busquem excluir-se entre si, sendo que tal conduta é fartamente descrita pelos doutrinadores, vejamos a precisa lição de Adilson de Abreu Dallari, in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, ed. Saraiva, pág. 88:

“[...] claro que para um participante interessa excluir outro. Quem faz licitação sabe que, nesse momento, há uma guerra entre os participantes, mas a Administração não pode deixar-se envolver pelo interesse de um proponente (que é adversário dos outros proponentes) e não pode confundir esse interesse com o interesse público. [...]” (grifo nosso).

Destarte, as formas do processo administrativo licitatório estabelecido na Lei nº 8.666/93 devem ser observadas para garantia da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao edital.

4.1 - DO MÉRITO E DE DIREITO


No ato convocatório constam todas as normas e critérios aplicáveis à licitação. É por meio dele que o Poder Público chama os potenciais interessados em contratar com ele e apresenta o objeto a ser licitado, o procedimento adotado, as condições de realização da licitação, bem como a forma de participação dos licitantes. Nele devem constar necessariamente os critérios de aceitabilidade e julgamento das propostas, bem como as formas de execução do futuro contrato.

DA ANÁLISE DA EXEQUIBILIDADE

A Administração Pública realiza processo licitatório com a finalidade de eleger a proposta mais vantajosa para a realização de uma obra ou serviço e para as suas compras. O fator de maior influência na decisão de classificação da proposta é o preço, que deve ser o menor dentre os ofertados no certame, desde que exequível, para que não haja riscos de inadimplemento do contrato. Entretanto, deve-se pautar em métodos com intuito de apurar a exequibilidade das propostas, visando afastar a perda da melhor contratação e, conseqüentemente, em prejuízo aos cofres públicos.

Na licitação, a Administração detém a obrigação constitucional de selecionar a proposta mais vantajosa, conforme critérios objetivamente definidos no edital, de acordo com a legislação vigente.

Porém, devido à interferência de fatores externos, verifica-se certa dificuldade na fixação de critérios objetivos para definir a exequibilidade, ou não, dos preços ofertados, de modo que a incerteza pode permear o ato de desclassificação de propostas



sob esse fundamento.

A inexecuibilidade de preços nas licitações públicas implica na possibilidade de desclassificação de uma proposta cujo preço é manifestamente insuficiente para cobrir os custos de produção, portanto sem condições de ser cumprida. Ou ainda, diante do altíssimo risco de depreender-se tempo e recursos públicos, adjudicando o objeto do certame àquela proponente sem, no fim, obter o resultado almejado.

Para Hely Lopes Meireles, evidencia-se a inexecuibilidade de preços nas seguintes situações:

[...] A inexecuibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes, verificados pela Administração. (MEIRELES, 2010, p. 202).

Conforme já referido no capítulo anterior, a Administração, ao julgar as propostas, analisa os preços tendo como parâmetro o valor estimado. A proposta vencedora deverá atender às exigências do edital e ofertar o menor preço para que seja consagrada vencedora do certame. O preço não deverá ser inexecuível, sob pena de desclassificação, conforme estabelece o artigo 48, II da Lei nº 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecuíveis, 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.

Note-se que a desclassificação por inexecuibilidade não se dará de forma sumaria, em todos os casos será oportunizado ao licitante à comprovação da exequibilidade do preço ofertado, considerando aquele praticado no mercado.

O parágrafo 1º, desse artigo 48, estabelece parâmetros para que a autoridade contratante se aproxime dos critérios objetivos de julgamento ao analisar a exequibilidade da proposta, ao passo que permite uma maior transparência no julgamento do preço ofertado:

§1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecuíveis, 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:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
- b) valor orçado pela administração.

Acontece que no tocante ao objeto da licitação, não há de se falar em **obras e serviços de engenharia**, portanto não se aplica o dispositivo legal acima como pretende o recorrente.

Isso porque, a Administração deve observância ao princípio da economicidade, selecionando a proposta mais vantajosa, o que faz em comparativo com o valor de referência expresso no edital.

Vale ressaltar que, a depender do tipo de licitação (melhor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior lance), o preço poderá ter maior ou menor relevância na classificação das propostas.

Sendo assim, na grande maioria das disputas, que seguem o critério de menor preço, o licitante que ofertar a proposta de menor preço, obedecendo a critérios mínimos de qualidade, será sagrado vencedor do certame.

Pode-se dizer, portanto, que, via de regra, a maior preocupação da Administração Pública está na redução de gastos públicos.

A decretação da inexequibilidade de uma proposta no processo licitatório pode trazer igualmente prejuízos significativos aos cofres públicos, e diante da impossibilidade de o Estado eliminar propostas vantajosas para os interesses sob sua tutela, o ato de desclassificação sob este fundamento é manifestamente ilegal.

Sabe-se que o estado é mero detentor do interesse público, que deve atuar na defesa dos interesses de terceiros. Partindo desta premissa, é ilegal e inconstitucional a desclassificação de proposta que mostre-se economicamente vantajosa no cumprimento do interesse público, principalmente quando passível prova da exequibilidade.

No entendimento do Tribunal de Contas da União, a exclusão do certame de proposta passível de demonstração de exequibilidade constitui falta grave, visto que os fatores externos que oneram a produção incidem de maneira diferente sob cada empresa, a depender da situação empresarial, facilidades ou dificuldades que permeiam nas negociações.

18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexequibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de



exequibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos – como infraestrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo.

19. Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, conseqüentemente, uma proposta mais vantajosa. (Acórdão 1.248/2009 Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Como visto, tanto o legislador quanto o Tribunal de Contas da União, muito sabiamente, manifestaram-se no sentido de evitar a desclassificação sumária das propostas sem a oportunidade de comprovação de exequibilidade do valor ofertado.

Isso porque, é inegável que existe uma grande dificuldade na identificação do patamar mínimo de exequibilidade. A Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular ou sobre suas possibilidades de executar o contrato.

Têm-se, portanto, a questão da variação dos custos, motivo pelo qual o Poder Judiciário e os tribunais de contas veem o tema inexecuibilidade como uma questão relativa, trata-se da relatividade dos diferentes fatores econômicos, dos agentes atuantes sobre uma mesma atividade, o que impossibilita a determinação de uma regra padrão.

No que se refere aos custos com insumos ou estrutura operacional, uma proposta pode perfeitamente ser exequível para uma empresa e não ser para outra.

Sendo assim, a análise da inexecuibilidade das propostas com base apenas nas condicionantes e percentuais expressos em lei mostra-se totalmente insuficiente, visto a relatividade como o tema já é pacificamente tratado, utilizar como parâmetro somente práticas usuais de mercado, exclui os demais fatores incidentes sob a atividade empresária.

A doutrina aponta ainda uma série de argumentos que se opõem a desclassificação de propostas no processo licitatório com base na constatação equivocada da inexecuibilidade do preço.

O primeiro deles reside na declaração de inconstitucionalidade, visto que à Constituição Federal não pode vedar a benemerência em favor do Estado, pois se um particular tiver a intenção de auxiliar à Administração na persecução do interesse público, cobrando para tanto um valor irrisório ou zero pelos seus serviços o dever de negar à proposta é inconstitucional (JUSTEN FILHO, 2010, p. 654-655).

Outra questão é a responsabilidade do licitante pela proposta que ofertar ao poder público, se ela envolve riscos econômicos e ainda assim o proponente quiser



aventurar-se, não haverá transferência desse risco ao Poder Público, que poderá tão somente executar a garantia, rescindir o contrato e aplicar as penalidades cabíveis.

O Estado deve, ainda, executar a garantia adicional, prevista no § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, para compensar prejuízos sofridos com a inadimplência do contratado.

E finalmente, a violação da liberdade concorrencial, sob a máxima de que não cabe à Administração a fiscalização do lucro do empresário, mas tão somente a exigência de comprovação da capacidade de execução do contrato.

Sabe-se que a licitação é um processo que envolve competição de mercado, baseia-se na livre iniciativa e não admite concorrência desleal. Para tanto, a Administração deve avaliar as vantagens ofertadas pelos licitantes, a fim de aferir a oferta de preços artificiais incompatíveis com o objetivo final do certame, conforme ensina Calixto Filho:

[...] A utilização de meios artificiais para fazer oscilar preços implica transmitir informação falsa ao consumidor a respeito da utilidade do produto, representado pelo seu preço, levando-o a deixar de adquirir produto que em condições normais compraria. A definição ordo liberal de concorrência como processo de descoberta das melhores opções de mercado ganha, portanto, aqui, sentido prático. (SALOMÃO, 1999, p. 64).

As instituições públicas, nada mais são do que consumidores diretos dos produtos e serviços, e, assim como os consumidores da iniciativa privada, não possuem pleno conhecimento dos fatores econômicos que incidem sobre as negociações. Se por um lado devem combater as estratégias desleais de concorrência, por outro, devido a falta de conhecimento na matéria lhes é vedado restringir a competitividade supondo a falsidade das informações.

Segundo o autor Reinaldo Moreira Bruno, a concorrência desleal pode ser considerada como a utilização de meios incorretos e incompatíveis com às possibilidades e a realidade econômica do licitante para obter vantagem na competição. Essa conduta fere o princípio da competitividade que reflete a própria natureza da licitação e também o princípio da isonomia que veda a possibilidade de favoritismos entre os concorrentes. (BRUNO, 2005, p. 65-67).

No entanto, sabe-se que a concorrência desleal, ou a inexecutabilidade das propostas pela proposição de preço vil, não é presumida, devendo a parte interessada demonstrar cabalmente que os preços não refletem os encargos correspondentes. (TRF 1ª Região. 6ª turma. MS nº 2001.34.00.018039-0/DF. Dj 22/09/2003).

O ente público não possui autonomia ou obrigatoriedade para fiscalizar a atividade e o lucro das empresas.

Para tanto existe o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) cuja finalidade consiste em orientar, fiscalizar e apurar abusos do poder econômico, exercendo



papel tutelador na prevenção e repressão dos abusos cometidos por empresas com poder de mercado. (CADE, 2007, p. 16).

A Administração Pública, cumpre tão somente exigir a comprovação dos requisitos de habilitação e classificação, através da apresentação dos documentos exigidos na lei e no edital, e a fiscalização quanto a manutenção do status regular.

Se a empresa atende a todos os requisitos de habilitação, e apresenta proposta correta, de preço demasiadamente vantajoso comparado com o valor ofertado pelos demais licitantes, outrossim considerado pela Lei como manifestamente inexequível, cabe a entidade pública exigir a comprovação de exequibilidade.

Comprovada a exequibilidade da proposta, a Administração não terá competência para questionar os valores apontados pelo licitante desde que os materiais e o método de execução correspondam às exigências editalícias.

Somente o CADE detém conhecimento suficiente para posicionar-se quanto a prática de determinado preço no mercado, ou quanto ao abuso de poder econômico, com base nas informações da empresa quanto aos fatores externos que incidem sob sua atividade.

Contudo, exacerba a competência da Administração Pública o ato de desclassificação de proposta, manifestamente vantajosa em termos de preço, considerada inexequível, levando em conta tão somente percentuais legais e preços praticáveis no mercado sem o exame de qualquer variação.

Comprovada a exequibilidade da proposta, caberá à Administração classificá-la e fiscalizar a execução do contrato, pois o ato de desclassificação com base em declaração de inexequibilidade da proposta atentará contra a livre concorrência, sendo cabível representação do licitante ao CADE e ao Tribunal de Contas.

DO PRINCIPIO DO FORMALISMO MODERADO

O recorrente **NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA** foi inabilitado por deixar de apresentar declaração exigida no subitem 8.5.15. Ao lugar apresentou uma proposta comercial firmado com Salto Soluções Ambientais que versa sobre prestação de serviços de coleta, transporte e destinação final de resíduos.

A exigência editalícia visa a comprovação que o licitante possui condições de atender as exigências legais para execução do objeto licitado.

Relevante para o caso é o atendimento da exigência habilitatória, que visa principalmente a segurança jurídica e a eficiência na execução dos serviços licitados.

No mais, o instrumento convocatório não disponibilizou modelo da declaração a ser utilizada pelos proponentes, criando assim uma deliberalidade entre os participantes.



Portanto analisando a documentação apresentada bem como visando uma decisão justa, respeitando os **PRINCIPIOS DA MORALIDADE e LEGALIDADE**, bem como em **BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**, a Comissão de Licitação decidiu realizar a diligencia nos termos do art. 43 § 3º da Lei 8.666/93 para esclarecer e complementar a instrução processual

Realizada a diligencia, conforme documento acostados aos autos, restou comprovado que a recorrente NEOTECH preenche os requisitos e exigencias para habilitação junto ao CONVALE.

A EXIGENCIA TÉCNICA constante no Instrumento Convocatório foi devidamente atendida na documentação de habilitação do licitante.

Portanto demasiado afirmar que o recorrente não atendeu as exigências editalicias. E, conseqüentemente, não há como desclassificar uma empresa que em sessão pública de licitação mostrou-se regular.

A Administração deve decidir com razoabilidade para não correr o risco de enrijecer-se agarrando a formalismos exacerbados que podem acarretar na inabilitação/desclassificação de licitantes, com a conseqüente diminuição da possibilidade da contratação da proposta mais vantajosa.

Assim, tanto os doutrinadores quanto o entendimento dos Tribunais inclinam-se para a possibilidade de se evitar o apego a situações extremas por mera formalidade, sem que tal situação macule a essência do ato, in verbis:

“Administrativo. Licitação. Princípios: vinculação ao edital, legalidade e razoabilidade. Certo que a Administração, em tema de licitação está vinculada às normas e condições estabelecidas no edital (Lei nº 8.666/93, art. 41), e, especialmente, ao princípio da legalidade estrita, não deve, contudo (em homenagem ao princípio da razoabilidade) prestigiar de forma tão exacerbada o rigor formal, a ponto de prejudicar o interesse público que, no caso, afere-se pela proposta mais vantajosa.” BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Sexta Turma. MAS nº 1999.0100039059-2-DF, rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro (g.n.)

Administrativo – Recurso Especial em mandado de segurança – Licitação – Alegada violação ao artigo 41 da Lei nº 8.666/93 – Não ocorrência – Sessão pública de recebimento de envelopes – Atraso não verificado – Doutrina – Precedente – Desprovemento. [...] 3. Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei nº 8.666/93, art. 3º)” Acórdão proferido no Resp nº 797.179 – MT – 19.10.06

“A comissão de licitação, através de seu poder discricionário, pode relevar falhas puramente formais, que não prejudiquem a lisura do certame, a fim de não prejudicar um dos fins basilares da licitação pública, que é o caráter competitivo. Entende-se como falhas formais “aquelas decorrentes de atos



impróprios, ilegais, praticados pela Administração ou por parte de quem com ela se relaciona, mas que não afetem ou digam respeito ao seu conteúdo, isto é, como o próprio nome diz, são de mera forma. Não maculam a essência do ato praticado ou da manifestação realizada. Podem, dependendo da situação, ser relevada. Uma falha formal identificada na documentação ou na proposta dos licitantes, por exemplo, não significa que o licitante deva ser inabilitado ou a sua proposta desclassificada." Parecer da Auditoria do Ministério Público Federal publicado no Informativo/AUDIN nº 109, de maio/1998 (g.n.)

Neste sentido, em recentíssima decisão manifestou o Tribunal de Contas de Minas Gerais:

1. Compete ao pregoeiro oficial a análise formal dos documentos apresentados na fase de habilitação dos participantes, em consonância com as exigências legais e editalícias. O exame material dos documentos demanda conhecimento técnico alheio às atribuições do pregoeiro oficial. **Havendo, contudo, dúvida quanto ao teor dos documentos, recomenda-se ao pregoeiro que promova as diligências necessárias para esclarecê-la, assegurando-se a lisura do procedimento. [...] É dizer, a despeito de não se exigir a análise técnica de documentos, pelo pregoeiro, a lei lhe autoriza a realização de diligências que escapem ao seu conhecimento específico, para fins de esclarecimentos necessários ao andamento do certame.** Nesse sentido a decisão proferida na Denúncia 1.007.447, de relatoria do Cons. Sebastião Helvécio, publicada em 23/03/18: **"Sendo a realização de diligência identificada como uma prerrogativa facultada ao pregoeiro, desnecessária é a sua previsão em edital. Diante de dúvida que possa ser suprida por diligência, convém a realização desta, buscando a ampla competitividade e a busca da melhor proposta.** O TCU já assentou, inclusive, que é indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações." (TCE/MG. Representação nº. 1015396 – 1ª Câmara. Transitou em julgado em 10/07/2019) (g.n.).

Destarte, as formas do processo administrativo licitatório estabelecidas na Lei nº 8.666/93 devem ser observadas para garantia da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao edital.

É verdade que a forma, conforme visto, não deve ser galgada a um patamar absoluto, intransponível, que possui o condão de, por si só, inadmitir atos do particular ou invalidar atos da Administração Pública. Assim, uma vez observados os princípios licitatórios, mormente o da isonomia, atingindo o ato (do particular ou da Administração Pública) os fins a que se destinava, tem-se por incabível a sua inadmissão, sob pena de se adotar o formalismo exagerado.

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos.



Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro. No caso em tela, a comissão agiu com prudência, pois havendo alguma falha formal ou obscuridade nos documentos de habilitação e/ou na proposta há um *poder-dever* por parte da Comissão de Licitação em realizar a diligência, observado o dispositivo do §3º do artigo 43 da Lei Federal nº 8.666/93, superando-se o dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca pela eficiência, ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

Da forma como despos o instrumento convocatório, é demasiado afirmar que os recorrentes não atenderam as exigências editalícias.

Vejamos o posicionamento do TCU:

Ao decidir representação que apontava irregularidades em um pregão, o TCU reafirmou o seu entendimento de que a redação dos editais deve ser clara e objetiva de forma a evitar erros ou contradições que dificultem seu entendimento, levem a interpretações equivocadas ou dificultem a compreensão dos licitantes quanto às condições estabelecidas.

Segundo o voto contido no acórdão 2441/17- Plenário, não poderia ser diferente, uma vez que o edital vincula todos os participantes e o próprio Estado em relação às cláusulas públicas. Assim, a presença de cláusulas contraditórias ou contrárias à lei afugenta potenciais participantes do certame, impede a ampla concorrência, bem como que seja obtida a proposta que melhor atenda às necessidades do órgão; No mesmo sentido: Ac. 3014/15- Plenário e 3559/14-2ª Câmara

Destarte, as formas do processo administrativo licitatório estabelecidas na Lei nº 8.666/93 devem ser observadas para garantia da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao edital.

É verdade que a forma, conforme visto, não deve ser galgada a um patamar absoluto, intransponível, que possui o condão de, por si só, inadmitir atos do particular ou invalidar atos da Administração Pública. Assim, uma vez observados os princípios licitatórios, mormente o da isonomia, atingindo o ato (do particular ou da Administração Pública) os fins a que se destinava, tem-se por incabível a sua inadmissão, sob pena de se adotar o formalismo exagerado.

Como se vê, o resguardo da isonomia no processo licitatório, e, por decorrência, dos princípios da vinculação ao edital, do julgamento objetivo e do formalismo moderado, inibe a ilegalidade e põe a salvaguarda a probidade e moralidade administrativa.

Posto isso, passa-se a ver o entendimento dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União em relação aos limites jurídicos de atuação das Comissões Permanente de Licitação.

A Lei 8.666/93 prevê:



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.

O **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, de forma pacífica, decidiu que cabe a realização de diligência em qualquer fase da licitação, além de não caber desclassificação de qualquer licitante por ausência de informações que possam ser supridas por diligência.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

"(...) 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".

Em primeiro plano, em uníssono com a doutrina, está a fixação do entendimento de que o edital da licitação somente produz efeito, se suas cláusulas forem redigidas de forma clara e precisa, possibilitando ao conjunto de participantes entendimento uniforme e pacífico, que será traduzido com a apresentação correta dos documentos exigidos para a habilitação e na formulação da proposta comercial, e, conforme o tipo de licitação, na apresentação da proposta técnica.

A clareza do edital, além de observar o princípio de legalidade, é uma homenagem obrigatória ao princípio de impessoalidade. Sob nenhum pretexto, mesmo que se persiga maior vantagem para a Administração Pública, o edital pode ser obscuro ou tendencioso, com redação imprecisa, que impeça o julgamento objetivo.

Em obra em co-autoria com a Dra. Renata Fernandes de Tolosa Payá, intitulada "Entendendo, Implantando e Mantendo o Sistema de Registro de Preços", Temas & Idéias Editora, a respeito tema enfocado, assim nos posicionamos: ***"A licitação tem como objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, no entanto, a consecução desse objetivo - proposta mais vantajosa - não pode se sobrepor aos princípios fundamentais que servem de pilar para sustentação do regime democrático e do Estado de Direito. Sob nenhum pretexto podem ser preteridos os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, que norteiam os atos praticados pela Administração Pública, nos termos do art. 37, 'caput', da Constituição da República."***

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do *caput* do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as



normas e condições do edital. **Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios.**

“Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios” (Acórdão 119/2016 - Plenário)

“O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/93, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa” (acórdão 8482/2013- 1ª Câmara).

Desde que não cause prejuízo à administração pública, uma empresa não pode ser excluída do processo de licitação por conta de questões irrelevantes, como omissões ou irregularidades formais na documentação.

O "formalismo exacerbado", fere o princípio da razoabilidade. Afinal, mesmo não previstos no edital, estes foram apresentados mediante diligência superveniente da comissão de licitação.

O objeto imediato do procedimento licitatório é a seleção da proposta que melhor atenda aos interesses da administração e, como objeto mediato, a obtenção de certa e determinada obra ou serviço que atenda aos anseios da Administração. A formalidade exigida da parte impetrante é excessiva, evidenciando obstáculo ao resguardo do próprio interesse público, que consiste na obtenção do menor preço

No Acórdão nº 342/2017 - 1ª Câmara, o Tribunal de Contas da União - **TCU fez um alerta a respeito da necessidade de ocorrer flexibilização nas regras de editais de licitação.**

Assim, segundo o advogado e professor de Direito *Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*, salienta-se 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.

A prática dos operadores do direito, tem experimentado no último decênio de vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que em vários casos, há uma forte tendência à supra valoração do princípio da razoabilidade.

Em inúmeras chances isso ocorre em prejuízo da aplicação de outros princípios de origem constitucional e legal. Estes, por opção do legislador, uma vez positivados na norma, devem animar preferencialmente a atividade administrativa na condução de processos de licitação.

O “caput” do art. 37 da CF/88 enumera os princípios gerais regentes da Administração Pública. São os “princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.



Entre eles, figura o princípio da licitação pública, previsto no inciso XXI do suso mencionado artigo, conforme o qual: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados medida processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei...”.

Constitui este, corolário do princípio da moralidade pública e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

Pelo exame sistemático dos dispositivos constitucionais e legais, é possível enumerar diversos princípios que o legislador positivou como norte para a atividade administrativa em procedimentos licitatórios.

Insta informar que o princípio da eficiência, inserido no texto constitucional a partir da Emenda nº 19, de 04 de junho de 1998, portanto instituído depois da edição da Lei de Licitações, reforçou a tendência já existente na prática, na doutrina e na jurisprudência, de busca pela qualidade nas contratações públicas. Realçou o entendimento de que o mais vantajoso nem sempre é o mais barato, e que o mais barato pode não ser o melhor ou o mais eficiente.

Por este diapasão legal, então, percebe-se implicitamente que o princípio da razoabilidade é notado na concepção mais moderna do Direito Administrativo, razão esta que contempla que princípios jurídicos não positivados no diploma especial licitatório pelo legislador, como procedimentais das licitações públicas, também são aplicáveis no processo licitatório, de maneira subsidiária, a fim de dar lugar à aplicabilidade ao princípio da economicidade.

Profícuo, assim, é declarar que o Direito em geral e o Direito Administrativo são riquíssimos em princípios jurídicos de regência. Todos eles construídos sobre sólidos fundamentos filosóficos, e que podem servir de instrução ao aplicador da Lei, no momento de uma decisão sobre matéria de fato que não tenha sido objeto de previsão legal.

Merece, pois, pacificar, contudo, que os princípios não mencionados nos dispositivos aplicáveis às licitações, subsidiariamente podem instruir a atividade administrativa nos certames públicos, principalmente quando se simplifica atos que não prejudicam a concorrência, e se facilita procedimentos em favor da máquina estatal.

O preceptivo e a definição dos princípios regentes da atividade administrativa em matéria de licitação pública já são objeto de farta doutrina. Para uma melhor compreensão destas palavras, porém, é bom que se diga apenas que o princípio da razoabilidade deriva do princípio da proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade recomenda, em linhas gerais, uma certa ponderação dos valores jurídicos tutelados pela norma aplicável à situação de fato. Como diz de Marçal Justen Filho, o princípio da proporcionalidade, prestigia a



“instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam” e “exclui interpretações que tornem inútil a(s) finalidade(s) buscada(s) pela norma”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9a Ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 66- 67).

A razoabilidade é comumente invocado para deixar de inabilitar ou de desclassificar concorrentes em certames licitatórios, ainda quando presentes motivos reais e suficientes para as suas exclusões das licitações. **Na maior parte das vezes, o princípio da razoabilidade fundamenta decisões de caráter subjetivo mais que espraia finalidade contundente a gestão efetiva.**

Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União possui um paradigma no qual se assenta que:

“o princípio do procedimento formal "não significa que a Administração deva ser 'formalista' a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias { licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, **desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes**". (Decisão 570/1992 – Plenário)

Observa-se que na prática, os órgãos de controle, seja do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário vem corroborando a orientação doutrinária no sentido de sustentar que os princípios norteadores da Lei de Licitações e esculpido no art. 3º de referida norma, devem ser interpretados de forma harmônica, à luz do princípio da razoabilidade visando o atendimento do objetivo da licitação e, conseqüentemente, do interesse público, senão vejamos:

Princípio da vinculação ao instrumento convocatório x princípio do formalismo moderado. Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência Internacional nº 004/2009, promovida pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) com vistas à contratação de serviços de fornecimento de oito Veículos Leves Sobre Trilhos – VLTs, para a Superintendência de Trens Urbanos de Maceió. Após terem sido considerados habilitados os dois participantes do certame (um consórcio e uma empresa), **o consórcio interpôs recurso, por entender que a empresa teria descumprido a exigência editalícia quanto ao registro ou inscrição na entidade profissional competente, ao apresentar "Certidão de Registro e Quitação de Pessoa Jurídica", emitida pelo CREA/CE, inválida, "pois continha informações desatualizadas da licitante, no que concerne ao capital e ao objeto social"**. Após examinar as contrarrazões da empresa, a comissão de licitação da CBTU decidiu manter a sua habilitação, sob o fundamento de que a certidão do CREA “não tem o fito de comprovação de capital social ou do objeto da empresa licitante, o que é realizado mediante a apresentação do contrato social devidamente registrado na Junta Comercial”. **Para o representante (consórcio), o procedimento adotado teria violado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois a comissão de licitação habilitara proponente que "apresentou documento técnico em desacordo com as normas reguladoras da profissão, sendo,**



portanto, inválido, não tendo o condão de produzir qualquer efeito no mundo jurídico. Cotejando o teor da certidão emitida pelo CREA/CE em favor da empresa habilitada, expedida em 05/03/2009, com as informações que constavam na “18ª Alteração e Consolidação de Contrato Social” da aludida empresa, datada de 30/07/2009, constatou o relator que, de fato, “h| divergências nos dados referentes ao capital social e ao objeto”. No que tange ao capital social, “houve alteração de R\$ 4.644.000,00 para R\$ 9.000.000,00”, e no tocante ao objeto, “foi acrescentada a fabricação de veículos ferroviários ou sobre pneus para transporte de passageiros ou cargas, bem como a sua manutenção, assistência técnica e operação”. **Ponderou o relator que embora tais modificações não tenham sido objeto de nova certidão, seria de rigor excessivo desconsiderar o efetivo registro da empresa no CREA/CE, entidade profissional competente, nos termos exigidos no edital e no art. 30, I, da Lei nº 8.666/93, até porque tais modificações “evidenciam incremento positivo na situação da empresa”**. Acompanhando a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de considerar a representação improcedente. Acórdão n.º 352/2010-Plenário, TC-029.610/2009-1, rel. Min- Subst. Marcos Bemquerer Costa, 03.03.2010. [GRIFAMOS].

Portanto, o excesso de formalismo não deve frustrar a participação da empresa no procedimento licitatório - à vista da sua própria finalidade - que é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

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, abstando-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei”.

5- DA DECISÃO

A Pregoeiro Oficial, no uso de suas atribuições e em obediência à Lei nº. 10.520/2002 e subsidiariamente a Lei 8.666/93, bem como, em respeito aos princípios licitatórios, e tudo o mais que consta dos autos, **RECEBER** os Recursos Administrativos impetrados pelos licitantes para no **MÉRITO**:

- a) **JULGAR IMPROCEDENTE** o recurso impetrado por **STERICYCLE SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA**.
- b) **JULGAR PROCEDENTE** o recurso impetrado por **NEOTECH SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA** e em **JUIZO DE RECONSIDERAÇÃO** declará-lo habilitado e vencedor do Certame pelo critério menor preço por item.

Desta feita, submeto o presente processo à autoridade superior para decisão, salientando que esta é desvinculada deste parecer informativo.



Uberaba/MG, 31 de agosto de 2021.



PREGOEIRA OFICIAL