

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE
XANXERÊ – ESTADO DE SANTA CATARINA**

A empresa JC PAPELARIA EIRELI - ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 85.230.852/0001-28, com sede na Av. São João, n. 466, Centro, Município de Faxinal dos Guedes, Estado de Santa Catarina, representada neste ato, por sua representante legal, Senhora Jandira Cappellaro, brasileira, Empresária, portadora da Carteira de Identidade RG sob n. 1.788.407, expedida pela SSP/SC e inscrita no CPF sob n. 552.249.709-20, com endereço profissional na Av. São João, n. 466, Centro, Município de Faxinal dos Guedes, Estado de Santa Catarina, vem, respeitosamente a presença de Vossa Senhoria, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

em face da inabilitação ocorrida junto a RETIFICAÇÃO DA ATA DO PREGÃO ELETRÔNICO N. 0008/2023 – PROCESSO LICITATÓRIO N. 0037/2023, ocorrida a respectiva sessão pública no dia 09 de março de 2023, pelos substratos fáticos e jurídicos a seguir aduzidos:

I – BREVE RELATO

Segundo discorrido na presente retificação a ata do Pregão Eletrônico n. 0008/2023 – Processo Licitatório n. 0037/2023 é o seguinte:

“...aos nove dias do mês de março de dois mil e vinte e três, após o encerramento do Pregão Eletrônico n. 0008/2023 que tem como objetivo a **Aquisição de Materiais Esportivos, uniformes, kimonos e coletes para uso das equipes esportivas e do projeto Atleta Cidadão[...]**, o pregoeiro procedeu a análise dos documentos de habilitação dos proponentes melhores classificados no certame. Após análise dos documentos de habilitação anexados na plataforma bllcompras conforme anexo 02 do edital, verificou-se que:

A empresa JC PAPELARIA, melhor classificada nos itens 05, 10, 12, 14, 18, 33, 35, 36, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62 e 65, não apresentou/anexou na plataforma bll compras a Certidão Negativa Convencional conforme exigido na letra “f” do item 1.2.2 do Anexo 2 do edital, estando o mesmo inabilitado no certame.

II – DO DIREITO

O presente edital traz como regra nesse dispositivo o seguinte:

1.2.2. Regularidade Fiscal, Trabalhista e outros

- a) Prova de Regularidade unificada com a Secretaria da **Receita Federal** e a Dívida Ativa da União
- b) Prova de regularidade fiscal para com a **Fazenda Estadual** do domicílio ou sede da licitante, expedida pelo órgão competente;
- c) Prova de regularidade fiscal para com a **Fazenda Municipal** do domicílio ou sede da licitante, expedida pelo órgão competente;
- d) Certificado de Regularidade de Situação com o FGTS;
- e) Certidão negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT);
- f) Certidão **negativa Correccional** (CGU-PJ, CEIS, CNEP, CEPIM, ePAD e CGU-PAD) disponível no site <https://certidoes.cgu.gov.br/>.

O excesso de formalismo e o formalismo moderado não são temas novos dentro do mundo jurídico, no entanto, é cada vez mais recorrente nas doutrinas e jurisprudências como um **instrumento utilizado para se evitar uma visão já ultrapassada em relação à forma da licitação.**

Acontece que a perspectiva tomada em referência ao procedimento administrativo de licitações vem se modernizando (tal como deve), e os pensamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema têm direcionado o agente público (certas vezes de forma coercitiva) a observar a licitação não apenas como um mero instrumento de formalidade com o fim objetivo de aquisição de produtos ou contratação serviços, mas sim como uma política pública direcionada ao desenvolvimento sustentável e alcance do bem maior.

Veja-se que não basta que os documentos estejam em conformidade com o formalismo legalmente estabelecido para que se obtenha uma real vantagem à Administração e aos seus administrados. Em outras palavras, a licitação **não pode ser vista como uma ciência exata que se enquadra às fórmulas preestabelecidas e no final terá sempre o melhor resultado. Não! O agente precisa ir além, utilizar o procedimento licitatório ao seu favor, como um instrumento efetivo para obtenção de um resultado realmente valoroso, atendendo os princípios e objetivos da licitação e alcançando a melhor proposta para a ocasião.**

Noutro turno, em contraponto ao dito, devemos salientar que agir com um formalismo moderado não significa tratar as licitantes de forma desigual ou simplesmente desconsiderar a segurança jurídica do processo, portanto, é de suma importância observar a existência de uma linha demasiada tênue entre a **aplicação da razoabilidade** e uma decisão anti-igualitária e/ou ilegal.

Pois bem. É fato que a matéria tratada é extremamente sensível e merece atenção e cuidado, não poderia ser diferente, de tal maneira, antes de nos aprofundarmos ao tema é necessário discutir dois aspectos inerentes às licitações: seus princípios e seus objetivos. Veremos que por muitas vezes os dois aspectos encontram-se em conflito causando confusão e atormentando a vida daqueles que tomam decisão ou que deveriam melhor avaliar essa decisão.

Por ser prática recorrente em todos os recursos às licitações, não adentrarei no presente recurso administrativo, considerações introdutórias acerca dos princípios alinhados na própria lei de licitações e os contidos no artigo 37 da nossa Carta Magna.

Contudo merece atenção aos **objetivos da licitação**, dentro do aspecto da isonomia.

Colaciono o entendimento do brilhante doutrinador **Marçal Justen Filho**, que nos ensina:

*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 inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação à cargo do particular. **A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar 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.** (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15. ed., São Paulo: 2012, p. 61).*

Por este conceito a importância da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração podemos estabelecer um liame direto com a competitividade no certame público, sendo que segundo o inigualável **Prof. Diógenes Gasparini**:

“se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado” (II Seminário de Direito Administrativo - TCMSP "Licitação e Contrato - Direito Aplicado" De 14 a 18 de junho de 2004)

Portanto, quanto mais competição, mais provável é a seleção da proposta mais vantajosa. *O foco é garantir a melhor proposta sem ferir a igualdade entre as licitantes.*

Por vezes as Comissões de Licitação e os Pregoeiros se encontram em uma situação deveras complicada em que a autora da proposta mais vantajosa apresenta documento em desconformidade com o edital. Bem, é aí que entra o formalismo moderado, pois estamos diante de duas situações **inabilitação e desclassificação, no caso da presente peça de resistência estamos diante de uma desclassificação, segundo o dispositivo citado pelo ilustre pregoeiro e este documento que para ele foi erroneamente motivou a inabilitação, poder-se-ia ter regularizado a situação, com base no artigo 43, § 3º da Lei Federal n. 8.666/93 e suas alterações:**

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.

Não obstante então, o formalismo moderado pode se traduzir à análise do objeto do documento em detrimento à forma como é apresentado, ou seja, o crivo exarado deve levar em consideração se o documento em análise é capaz de atender ao objetivo que lhe é proposto, independentemente de seu aspecto formal, claro, observando a segurança jurídica e o grau de certeza fornecido pelo documento. Vejamos o Acórdão 357/2015 (plenário) do Tribunal de Contas da União:

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.

A Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos estabelece uma gama de documentos para a comprovação de que a empresa eventual contratada tem capacidade para atender a demanda pública. O objetivo dessas documentações é evitar que se contrate uma empresa que não venha cumprir com o contrato, ou mesmo o faça de forma parcial e insatisfatória, prejudicando a Administração e causando danos ao erário. **O formalismo moderado estabelece: se a empresa consegue alcançar o objetivo, consegue demonstrar que é capaz de atender a demanda, não há motivos para ser excluída da licitação apenas porque a forma como apresentou seus documentos estão em dissonância ao exigido no edital e essa segurança poderia ser aferida pelo próprio pregoeiro, uma vez que estamos diante de pregão eletrônico e essa consulta ele mesmo poderia realizar ou baixar diligência para que a empresa apresentasse tal documento.**



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

Certidão negativa correcional (CGU-PJ, CEIS, CNEP e CEPIM)

Consultado: J C PAPELARIA LTDA

CPF/CNPJ: 85.230.852/0001-28

Certifica-se que, em consulta aos cadastros CGU-PJ, CEIS, CNEP e CEPIM mantidos pela Corregedoria-Geral da União, **NÃO CONSTAM** registros de penalidades vigentes relativas ao CNPJ/CPF consultado.

Destaca-se que, nos termos da legislação vigente, os referidos cadastros consolidam informações prestadas pelos entes públicos, de todos os Poderes e esferas de governo.

O Sistema CGU-PJ consolida os dados sobre o andamento dos processos administrativos de responsabilização de entes privados no Poder Executivo Federal.

O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) apresenta a relação de empresas e pessoas físicas que sofreram sanções que implicaram a restrição de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública.

O Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) apresenta a relação de empresas que sofreram qualquer das punições previstas na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

O Cadastro de Entidades Privadas sem Fins Lucrativos Impedidas (CEPIM) apresenta a relação de entidades privadas sem fins lucrativos que estão impedidas de celebrar novos convênios, contratos de repasse ou termos de parceria com a Administração Pública Federal, em função de irregularidades não resolvidas em convênios, contratos de repasse ou termos de parceria firmados anteriormente.

Certidão emitida às 07:53:26 do dia 13/03/2023 , com validade até o dia 12/04/2023.

Link para consulta da verificação da certidão <https://certidoes.cgu.gov.br/>

O excesso de formalismo é presente naquelas desclassificações ou inabilitações por erros mínimos que não afetam o julgamento ou, **obscuridades que podem ser sanadas sem infringir o tratamento igualitário entre as licitantes**. Vale lembrar que a Administração Pública tem o poder/dever de provocar a diligência para sanar quaisquer obscuridades que sobrevenham. Mais uma vez utilizo-me dos ensinamentos do festejado autor Marçal Justen Filho, que dessa vez nos explica:

[...] não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória [...]

Observando a possibilidade de saneamento de pequenos defeitos que não comprometem o julgamento igualitário da licitação, cito uma obra um pouco mais antiga, porém com um pensamento bastante contemporâneo do doutrinador **Adilson Abreu Dallari**, que assim diz:

Existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudência no sentido de que na fase de habilitação não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase da habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes. (Aspectos Jurídicos da Licitação, 4ª Ed. São Paulo, Saraiva 1997. p.116 -117)

A proposta do formalismo moderado é justamente acabar com as inabilitações/desclassificações por motivos rasos, por erros ínfimos e insignificantes, **isso tem por objetivo resguardar a própria finalidade da licitação**, entretanto, de forma alguma quer dizer que a Administração irá se desvincular de seu instrumento

convocatório, apenas que deve haver uma visão mais razoável, evitando que seu julgamento provoque uma contratação mais onerosa.

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, 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).

Na mesma seara podemos citar a decisão do Mando de Segurança (1ª Seção: MS nº 5.869/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ):

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGUIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

*2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, **evidenciando claro excesso de formalismo**. Precedentes.*

3. Segurança concedida. (Grifo não original).

Para tanto, deve haver um sopesamento entre os princípios, uma análise crítica, verificando se o documento dispõe da segurança jurídica necessária e se é capaz de atender aos seus objetivos independentemente da forma como é apresentado, aplicando ao caso concreto a decisão que melhor se adequa aos objetivos da licitação, **utilizando do instituto da diligência quando for necessário e garantindo a seleção da proposta mais vantajosa sem malferir o princípio da igualdade**. Tanto é verdade que todas as demais empresas por ele considerada **inabilitadas estão em pé de igualdade com o presente recurso e que também não deveriam ser, uma vez que, pelo instituto da diligência o pregoeiro sanaria sem ofender princípios, sejam eles da lei ou do presente edital**.

O excesso de formalismo pode por vezes ser encarado como **dano ao erário**, o que pode vir a **acarretar inclusive responsabilidade ao agente autor da decisão**. Em outros casos provoca a nulidade dos atos fazendo retornar às fases anteriores. Observamos do Acórdão n. 1924/2011 (Plenário) do Tribunal de Contas da União:

*Enunciado: **Constitui-se excesso de rigor a desclassificação de licitantes por conta de erro formal na apresentação da proposta e da documentação exigida.***

[...]

9.4.1 tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram as empresas concorrentes no âmbito do Pregão Eletrônico nº 26/2010, bem como todos os atos deles decorrentes, os quais desclassificaram suas propostas, bem como os que homologaram o certame e adjudicaram o objeto, retornando a avença à fase de habilitação;

Em suma, o que podemos abstrair do tema é que, em momento de desclassificação/inabilitação de uma empresa licitante, deve-se observar se não está lançando mão de um formalismo exacerbado, sob pena de perder uma proposta mais vantajosa para a Administração que pode posteriormente culminar na declaração de nulidade dos atos tomados e é nesse sentido a tomada da decisão na presente **retificação da ata deste pregão**, exacerbação do formalismo.

A própria Constituição da República assevera no inciso XXI de seu art. 37, *in fine*, que somente serão permitidas as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Não se devem **excluir quaisquer licitantes por equívocos ou erros formais atinentes**, até porque, lembrando escólios de Benoit, o processo licitatório não é uma verdadeira gincana ou comédia¹.

Ao se prescrever que a licitação é um processo administrativo formal nos termos do artigo 4º da Lei n. 8.666/1993 e suas posteriores alterações, não significa **formalismo excessivo e nem informalismo**, e sim um **formalismo moderado** e com todo respeito, **NÃO É O QUE DEMONSTRA A RETIFICAÇÃO DA ATA DO PREGÃO ELETRÔNICO N. 0008/2023 – PROCESSO LICITATÓRIO N. 0037/2023** -, pois como decorrido há uma afronta exagerada ao excesso de formalismo.

¹Le Droit Administratif Français, Paris, 1968, p. 610.

Como dito por Hely Lopes Meirelles², “...a orientação é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar...”

Nesta mesma linha de afastar possíveis formalismos excessivos nos atestados, o Tribunal de Contas da União tem **posicionamento sólido** e inclusive determina que havendo qualquer dúvida nos atestados é **dever** da Administração Pública **realizar a competente diligência**:

Licitação para contratação de bens e serviços: **As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário**

(...) Ao examinar o assunto, a unidade técnica considerou que a inabilitação, pela razão apontada, denotaria excesso de rigor formal, pois a declaração da empresa eliminada afirmava não haver menores trabalhando em seus quadros. Assim, ainda para a unidade responsável pelo processo, “a partir dessa declaração, o gestor público somente poderia concluir pela inexistência de menores aprendizes”. Afinal, menores aprendizes são menores. E como havia sido informada a inexistência de menores trabalhando, não era razoável se depreender que a empresa empregasse menores aprendizes”. Caberia, no máximo, por parte da instituição promotora da licitação “promover diligência destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes”, o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo de aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 7334/2009-Segunda Câmara.

²MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 2. Ed. São Paulo: RT, 1985, p. 122.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos n. 74 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, Rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011).

“Recomendação a uma prefeitura municipal para que qualifique, em procedimentos licitatórios com recursos federais, as exigências formais menos relevantes à consecução do objeto licitado, estabelecendo nos editais medidas alternativas em caso de descumprimento dessas exigências por parte dos licitantes, objetivando evitar a desclassificação das propostas, **visando a atender ao princípio do formalismo moderado e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, sem ferir a isonomia entre os partícipes e a competitividade do certame.**”

(Tribunal de Contas da União, item 9.6.1, TC-002.147/2011-4, Acórdão nº 11.907/2011-Segunda Câmara).

Ecoando a mesma diretriz do Tribunal de Contas da União, o Poder Judiciário tem decidido favorável ao formalismo moderado, evitando excessos:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CARTA CONVITE. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que concedeu segurança postulada pela empresa recorrida por ter a recorrente desclassificado-a em procedimento de licitação carta convite, ao entendimento de que a CEF teria feito, em seu edital licitatório, exigência com um formalismo excessivo, consubstanciado que a licitante apresentasse, junto com sua proposta, catálogos técnicos ou prospectos do sistema de ar-condicionado, que foi objeto do certame.

2. A fim de resguardar o interesse público, é assegurado à Administração instituir, em procedimentos licitatórios, exigências referentes à capacidade técnica e econômica dos licitantes. No entanto, é ilegal a desclassificação, na modalidade carta convite, da proposta mais vantajosa ao argumento de que nesta

não foram anexados os manuais dos produtos cotados, cuja especificação foi realizada pela recorrida.

3. Recurso não provido”. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 657.906/CE, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04/11/2004, DJ 02/05/2005, p. 199).

“ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – FORMALIDADES: CONSEQÜÊNCIAS

1. Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato.

2. Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente.

3. Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança.

4. Recurso provido”.

(Superior Tribunal de Justiça, RMS 15.530/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 294).

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes.

3. Segurança concedida”.

(Superior Tribunal de Justiça, MS 5.869/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Primeira Seção, julgado em 11/09/2002, DJ 07/10/2002, p. 163).

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA DOS ENVELOPES CONTENDO PROPOSTAS. ALEGADA INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SUPOSTO RIGORISMO E FORMALISMO. IMPROVIMENTO DO RECURSO FACE À INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1 - A inobservância do princípio da razoabilidade não restou demonstrada. Existe, na licitação, predominância dos princípios da legalidade e igualdade (CF, art. 5º, caput, inc. II).

2 - Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente.

3 - Recurso ordinário improvido”.

(Superior Tribunal de Justiça, RMS 10.404/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 29/04/1999, DJ 01/07/1999, p. 120).

Com efeito, **destaca-se que se houver alguma dúvida** é dever do **agente público buscar a verdade material** do mesmo e formalmente uma diligência. Neste raciocínio, vide a decisão abaixo em que o Tribunal de Contas da União **determinou ao Pregoeiro a realização de diligência para esclarecer as informações contidas nos atestados de capacidade técnica:**

Licitação sob a modalidade pregão: As informações demandadas nos atestados a serem apresentados por licitantes, para o fim de comprovação de capacidade técnica, devem ser dotadas de clareza, sendo que, no caso de dúvidas, cabe ao gestor público valer-se da faculdade contida no § 3º art. 43 da Lei 8.666/1993, promovendo diligências, para saneamento dos fatos, se necessário (...). Mesmo admitindo, ainda consoante o relator, “que fosse necessária a comprovação da operação simultânea dos 315 PA em uma única instalação física para a aferição da capacidade técnica, não é possível afirmar que isso não

ocorreu a partir do que está escrito no atestado em questão”. Nesse ponto haveria, destarte, inferência por parte da (omissis) **baseada em interpretação restritiva do texto do atestado.** Destacou o relator que **“se havia dúvidas a respeito do conteúdo do atestado, caberia ao gestor, zeloso, recorrer ao permissivo contido no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 e efetuar diligência à (...). para esclarecê-las, providência que não foi tomada.”**

Indevida, portanto, na forma de ver do relator, a inabilitação da empresa, o que **levou-o a votar por que se determinasse à (omissis) que adotasse as providências necessárias no sentido de tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram e desclassificaram a proposta da empresa**, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2521/2003, Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 73 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1924/2011-Plenário, TC-000.312/2011-8, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 27.07.2011).

No mesmo sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PENDENTE. SÚMULAS 634 E 635 DO STF. EXCEPCIONALIDADE. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES. (...)”

7. Adequado, em face das peculiaridades do caso, prestigiar a competência da Comissão de Licitação, que pode promover "diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo" (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993), dispositivo legal prequestionado e suscitado no Recurso Especial (fumus boni iuris).

8. Quanto ao periculum in mora, é incontroverso que a requerente presta serviços de locação de 622 veículos ao Município, e que o contrato firmado em 12.5.2010 foi declarado nulo em 11.5.2011, por conta do acórdão recorrido. Adicionalmente, relevante a iminente ampliação da despesa pública municipal, em R\$ 283.244,00 mensais, para a prestação do mesmo serviço.

9. Agravo Regimental provido”.

(Superior Tribunal de Justiça, AgRg na MC 18.046/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 02/08/2011).

Demonstrando então, que a decisão na sessão pública vem na contramão dos ensinamentos, tanto doutrinários como jurisprudenciais, que por meio do **Acórdão n. 1211/2021**, o Plenário do TCU estabeleceu a possibilidade de o licitante submeter novos documentos para suprir erro, falha ou insuficiência, **a fim de viabilizar a seleção da proposta mais vantajosa**, promovendo a competitividade e o formalismo moderado.

Não obstante, o TCU entendeu que, embora a regra estabelecida pelo Decreto n. 10.024/2019 seja a apresentação da documentação de habilitação até a data e o horário fixados para abertura da sessão pública, sendo permitido ao licitante retirar ou substituir documentos até o fim desse prazo (artigo 26), o pregoeiro deve sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica (artigo 17, VI, e artigo 47)³, por meio de **ato devidamente fundamentado**, com a especificação dos erros e das falhas passíveis de correção.

O **ato fundamentado** na sessão pública foi “...não apresentou/anexou na plataforma bllcompras a Certidão Negativa Correccional, conforme exigência na letra “f” do item 1.2.2 do Anexo 02 do edital, estando o mesmo inabilitada

³ O artigo 17, VI, e o artigo 47 do Decreto nº 10.024/2019 dispõem: “*Artigo 17 - Caberá ao pregoeiro, em especial: (...) VI - sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica; (...) Artigo 47 - O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Parágrafo único. Na hipótese de necessidade de suspensão da sessão pública para a realização de diligências, com vistas ao saneamento de que trata o caput, a sessão pública somente poderá ser reiniciada mediante aviso prévio no sistema com, no mínimo, vinte e quatro horas de antecedência, e a ocorrência será registrada em ata”*

do certame...”, portanto esta fundamentação é muito singela, sem fundamentos fáticos para **afastar licitantes de licitação pública**.

A nova Lei de licitações em uma perspectiva menos unilateral e adversarial no que se refere à relação entre a Administração e os particulares, **ressignificou alguns de seus alicerces consagrando uma nova visão - mais consensual e colaborativa** - acerca da **teoria dos atos administrativos**, que pode ser vista na prevalência da convalidação ao invés da anulação dos atos administrativos, mas também na **flexibilização do formalismo que reveste o procedimento licitatório**.

Conforme pontuado pela doutrina um dos motivos dessa nova perspectiva paradigmática acerca formalismo nas licitações é conter o **desnecessário e oneroso acionamento do Poder Judiciário**, por questões meramente formais que **podem e devem ser resolvidas pela própria Administração**, sem com isso ferir necessariamente os princípios que regem as disputas licitatórias.

Dentro desse novo horizonte que privilegia o formalismo moderado, o qual, **diga-se de passagem, já vinha consagrado pela doutrina e pela jurisprudência** - se **materializa expressamente nos incisos do art. 12 da Lei 14.133/21**, em síntese estabelecendo 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...**” (inc. III); “...a **prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal...**” (inc. IV); “...**reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal...**” (inc. V).

Essa tendência vem amparada no princípio da eficiência (art. 37 da Constituição Federal) e da necessidade da perseguição e proteção do interesse público envolvido, resultando na construção da noção do “**formalismo moderado**”, em substituição ao denominado “**formalismo exacerbado**”, amplamente atacado em recursos administrativos e mandados de segurança.

Assim, são mais do que salutares alterações normativas recentes que visam flexibilizar regras, simplificar a interação entre administrados e administradores e remover o peso – por vezes intransponível – da burocracia sobre o setor econômico. Nesta seara, vale citar a Lei Federal nº 13.726/2018 (“Lei da Desburocratização”), Lei Federal nº 13.874/2019 (“Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”) e as alterações promovidas em 2018 no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (“Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”).

O art. 147 da nova lei prevê que, constatada irregularidade no procedimento licitatório, **caso não seja possível o saneamento**, “a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público”. Para a aferição do interesse público envolvido, devem ser levados em consideração, entre outros elementos, os impactos econômicos e financeiros e os riscos sociais decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato, as medidas adotadas pelo órgão ou entidade para sanear os indícios de irregularidade, o fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos decorrentes de eventual paralisação e o custo da realização de nova licitação ou celebração de novo contrato.

No art. 169, ao definir a necessidade de práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das contratações públicas, o Projeto de Lei impõe aos servidores envolvidos, **quando constatarem simples impropriedade formal, a necessidade de adoção de medidas para o seu saneamento.**

Jaez, o **Inciso XXI**, do artigo 4º da Lei n. 10.520/2002: “...decididos os recursos, a **autoridade competente** fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor...”, na prática quer dizer que, o pregoeira **MESMO EXISTINDO A INTENÇÃO RECURSAL**, ele por conta e risco, **JÁ FEZ O JULGAMENTO** e o objeto em discussão o **impossibilita agora dessa medida**, pois estará desrespeitando o princípio do contraditório e da ampla defesa e, o mais, **GRAVE**, deixa de informar, dar conhecimento a **AUTORIDADE SUPERIOR** deste evento, **REQUERENDO** de imediato, uma análise fundamentada juridicamente, estará ao **ARREPIO DA LEI**.

III – DOS PEDIDOS

Diante de todo exposto, **REQUER-SE** da **Autoridade Superior**:

a) que seja revisto o posicionamento da decisão nesta licitação por parte do pregoeiro, reconhecendo seu erro e declinando ao final, que os itens nrs, **05, 10, 12, 14, 18, 33, 35, 36, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62 e 65**, sejam adjudicados a Empresa **JC PAPELARIA EIRELI – ME e a manutenção de sua HABILITAÇÃO junto ao PREGÃO ELETRÔNICO N. 0008/2023 – PROCESSO LICITATÓRIO N. 0037/2023.**

b) que seja a decisão devidamente fundamentada, para que a recorrente possa exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, garantidos na nossa Carta Magna;

c) que o recorrente seja devidamente notificada sobre a decisão do presente recurso administrativo, no prazo de três dias, junto ao e-mail arcoiris@netxan.com.br, para outras medidas cabíveis.

Nestes Termos;

Pede Deferimento.

Faxinal dos Guedes/SC, 13 de março de 2023.

JC PAPELARIA EIRELI – ME
JANDIRA CAPPELLARO
Requerente