

➤ Pregão Eletrônico

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES - MCTIC
MUSEU PARAENSE EMÍLIO GOELDI - MPEG
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 03/2020.
PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 01205.000060/2020-51

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUSEU PARAENSE EMÍLIO GOELDI - MPEG.

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços continuados de vigilância patrimonial armada, diurna e noturna, para atender às necessidades do Museu Paraense Emílio Goeldi - MPEG.

PROTHEUS VIGILÂNCIA PRIVADA EIRELI, empresa prestadora de serviços de vigilância e segurança na forma do que dispõe a Lei 7.102, de 20.06.83, e do Decreto nº 89.056, de 24.11.83, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.359.684/0001-40, com sede na Passagem São Paulo, nº 82, Bairro: Atalaia, Ananindeua/PA, vêm, respeitosamente, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

Contra a decisão do douto pregoeiro que equivocadamente desclassificou proposta desta recorrente PROTHEUS VIGILÂNCIA PRIVADA EIRELI, de modo que apresentaremos no articulado as razões de nossa irresignação.

DO DIREITO AO RECURSO ADMINISTRATIVO:

Lei nº 10.520/02, em seu art. 4º, XVIII

(...)

XVIII – declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Decreto Nº 5.450/2005, Artigo 26

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 03/2020

11. DOS RECURSOS

11.1. Declarado o vencedor e decorrida a fase de regularização fiscal do licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, se for o caso, será concedido o prazo mínimo 30 (trinta) minutos, para que qualquer licitante manifeste a intenção de recorrer, de forma motivada, isto é, indicando contra qual(is) decisão(ões) pretende recorrer e por quais motivos, em campo próprio do sistema.

11.2. Havendo quem se manifeste, caberá ao Pregoeiro verificar a tempestividade e a existência de motivação da intenção de recorrer, para decidir se admite ou não o recurso, fundamentadamente.

11.2.1 Nesse momento o Pregoeiro não adentrará no mérito recursal, mas apenas verificará as condições de admissibilidade do recurso.

11.2.2 A falta de manifestação motivada do licitante quanto à intenção de recorrer importará a decadência desse direito e a consequente adjudicação do objeto pelo Pregoeiro ao licitante vencedor.

11.2.3 Uma vez admitido o recurso, o recorrente terá, a partir de então, o prazo de três dias para apresentar as razões, pelo sistema eletrônico, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões também pelo sistema eletrônico, em outros três dias, que começarão a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

11.3. O acolhimento do recurso invalida tão somente os atos insuscetíveis de aproveitamento.

11.4. Os autos do processo permanecerão com vista franqueada aos interessados, no endereço constante neste Edital.

A sessão pública do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 03/2020, teve início em 15/05/2020 e finalizada em 28/05/2020, portanto, hoje, 02/06/2020, é o terceiro dia útil posterior ao encerramento, resta demonstrado o pleno direito e a tempestividade do presente recurso.

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento desta respeitável Instituição para o certame licitacional susografado, a recorrente e outras licitantes, dele vieram participar.

Sucedendo que, após a análise da proposta da recorrente, o ilustre pregoeiro decidiu por DESCLASSIFICÁ-LA, ao arrempeio da lei, não levando em conta o principal objetivo de um procedimento licitatório, qual seja, a busca pela proposta mais vantajosa à Administração, além de atentar contra a razoabilidade, a economicidade, a proporcionalidade, a tutela antecipada e a supremacia do interesse público, dentre outros princípios igualmente importantes. Ao término do pregão, a PROTHEUS VIGILÂNCIA PRIVADA EIRELI, contrária à decisão do ilustre pregoeiro, manifestou sua intenção de recorrer, conforme abaixo se demonstra.

II – DA INTENÇÃO DE RECURSO

Após a finalização da etapa de julgamento, por parte da equipe de licitação, e aberto o prazo para que os demais licitantes expusessem suas intenções de recorrer, a PROTHEUS VIGILÂNCIA PRIVADA EIRELI, assim se manifestou:

Invocamos o Acórdão 339/2010-TCU. Proceda com o juízo de admissibilidade, limitando-se à análise dos pressupostos recursais. (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação). NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS. A jurisprudência afirma que erro que favoreça o licitante, a Adm não poderá, opinativamente, argumentar efeitos retroativos, haja vista a boa-fé e a culpa única e exclusiva da Adm. Quebra da isonomia, da vinculação e da autotutela. Demonst isso e mto mais em Rec...

III – DA MOTIVAÇÃO PARA A DESCLASSIFICAÇÃO

Assim se manifestou o pregoeiro acerca da motivação para a desclassificação da PROTHEUS VIGILÂNCIA PRIVADA EIRELI:

Recusa da proposta. Fornecedor: PROTHEUS VIGILANCIA PRIVADA EIRELI, CNPJ/CPF: 19.359.684/0001-40, pelo melhor lance de R\$ 1.152.529,0000. Motivo: não conseguiu de forma inequívoca (que não dá margem a erro ou engano) demonstrar a exequibilidade de sua proposta. Diante de todo exposto, a referida proposta será desclassificada por não atender aos itens 8.9.1, 8.14.1 e 8.14.3 do Edital.

"Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o 'princípio da isonomia' imporia tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional (Marçal Justen Filho)

IV - DAS RAZÕES DA REFORMA

IV.1 DO FORMALISMO MODERADO E SUA APLICAÇÃO

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório.

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

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. (grifamos)

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)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação

ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

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)

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.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a "licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital".

IV.2 O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E A BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório encontra previsão no caput do art. 41, da Lei de Licitações e Contratos, verbis:

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

A redação do dispositivo é impositiva e não abre brechas para questionamentos: O edital vincula a Administração em todos os seus termos, seja quanto às regras de fundo quanto àquelas procedimentais.

Isso porque, sob certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que sua desconformidade com os atos administrativos praticados no curso do procedimento se resolve pela declaração de invalidade desses últimos.

Todavia, por óbvio que a extensão do vício dependerá da análise do caso concreto, sendo que, quando se tratar de descumprimento de mero formalismo, ou mesmo de erro material, o princípio da vinculação ao edital poderá ser relativizado, a fim de resguardar o interesse maior, que é a melhor contratação sob a ótica da Administração Pública.

Do contrário, quando os erros configuram-se como falhas importantes, aptas a afetarem todo o resultado final da proposta, ainda que para a um valor reduzido, se comparado com o originariamente oferecido não há que falar em convalidação do ato, nos termos do artigo 55 da Lei nº 9.784/99.

IV.2.1 A BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

A gestão pública é um ato solene, requer propostas vantajosas para que haja o desenvolvimento econômico e social local, transparência e publicidade dos atos. Perceptível é o entrelaçamento entre o direito administrativo e o direito constitucional, de modo a constatar que a Lei Maior (CF88) vige em todas as searas do Direito a fim de disciplinar toda a sociedade em suas relações sociais, políticas e econômicas.

A regra encontra-se insculpida já no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos." (grifei)

Como bem exposto, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não tem supremacia sobre os demais princípios, sendo até mesmo relativizado quando contrário a outros e em especial quando se tratar de formalismos.

O que se viu na condução do Pregão Eletrônico nº 03/2020, foi o absolutismo na aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ficando evidenciado na motivação do ilustre pregoeiro para a desclassificação desta recorrente, conforme ao norte demonstrado. Tal decisão resultou em diferença de exatamente R\$ 33.081,24 (Trinta e Três Mil e Oitenta e Um Reais e Vinte e Quatro Centavos), à maior em relação à nossa melhor proposta, a qual será suportada pelo erário em caso de manutenção da decisão.

Enquanto esta recorrente ofertou o valor global de R\$ 1.907.142,84, finais, ajustados, a empresa BELÉM RIO SEGURANÇA EIRELI, foi declarada vencedora, com o valor global de R\$ 1.940.224,08.

Os itens editalícios apontados pelo Douto pregoeiro e equipe técnica, os quais reputaram como fundamentais para a desclassificação desta recorrente, foram os seguintes:

8.9.1 As propostas com preços próximos ou inferiores ao mínimo estabelecido pelo Ministério da Economia, disponibilizado em meio eletrônico, no Portal de Compras do Governo Federal (<http://www.comprasgovernamentais.gov.br>), deverão comprovar sua exequibilidade, de forma inequívoca, sob pena de desclassificação, sem prejuízo do disposto nos itens 9.2 a 9.6 do Anexo VII-A, da Instrução Normativa/SEGES/MP n.º 5/2017 (Portaria SEGES/MP n. 213, de 25 de setembro de 2017).

Restou a falta de definição do que seria para o nobre pregoeiro uma "proposta inequívoca", vez que esta recorrente cumpriu com todas as exigências editalícias e legais, nada havendo que se reformar em sua proposta ou que remetesse à proposta inexecutável. Importante destacar que em nenhum momento o Edital menciona de forma clara que o Caderno Técnico serviria como parâmetro para o julgamento de proposta, ao contrário, quando apresenta no Item 1 do Termo de Referência, valores para "CUSTO MENSAL ESTIMADO", estes é que vinculam as licitantes e a Administração para julgamento de preços.

Os atos administrativos viciados podem e devem ser revogados, invalidados ou convalidados, conforme as circunstâncias apresentadas. Assim, a autoridade administrativa, quando julgar conveniente a bem do serviço público, tem o dever de anular medidas anteriormente adotadas, por razão de ilegalidade, ou revogar o ato, por questão de conveniência ou oportunidade

8.14.1 O ajuste de que trata este dispositivo se limita a sanar erros ou falhas que não alterem a substância das

propostas.

Este é o segundo item apontado pelo pregoeiro para justificar a recusa da proposta desta recorrente. Há que se dizer que ao realizar os ajustes necessários, esta recorrente em nada alterou a substância da proposta, mantendo-se estritamente dentro do valor final ofertado ao término da fase de lances.

8.14.3 Em nenhuma hipótese poderá ser alterado o teor da proposta apresentada, seja quanto ao preço ou quaisquer outras condições que importem em modificações de seus termos originais, ressalvadas apenas as alterações absolutamente formais, destinadas a sanar evidentes erros materiais, sem nenhuma alteração do conteúdo e das condições referidas, desde que não venham a causar prejuízos aos demais licitantes;

Todas as condições iniciais foram mantidas, os valores finais ofertados foram mantidos sem extrapolar os valores ofertados por ocasião da etapa de lances, não se vislumbra qualquer alteração no conteúdo e nas condições da proposta e não houve qualquer prejuízo à Administração ou aos demais licitantes. Portanto, demonstra-se totalmente desarrazoada a manutenção da desclassificação da proposta da recorrente, o que em nada favorece o erário público, neste sentido.

Ressalte-se que o CADERNO TÉCNICO é instrumento de orientação para a formação dos custos, não tendo força de lei, ou representando obrigação, mas tão somente visa a ORIENTAÇÃO da Administração na contratação. Ademais, o próprio caderno técnico prevê a possibilidade de que sejam aceitos valores inferiores ao mínimo, desde que seja possível comprovar sua exequibilidade, coisa já comprovada pela recorrida.

Ainda sobre os valores do Caderno Técnico e os valores estimados para a licitação, há que se ter em mente o que segue:

DOS VALORES UNITÁRIOS ABAIXO DO CADERNO TÉCNICO DE VIGILÂNCIA E DA COTAÇÃO DE INSUMOS, SUPOSTAMENTE FORA DA REALIDADE DE MERCADO

Preliminarmente, insta epigrafar que a análise do respectivo tema se desdobra na questão de exequibilidade da proposta, fato pelo qual será abordado em um único capítulo.

Feita essas considerações, vamos à dissertação do tema posto em análise.

A equipe técnica do MPEG, assim se manifestou em análise da proposta da recorrente:

Para PROTHEUS VIGILANCIA PRIVADA EIRELI - proposta apresentou os seguintes custos conforme tabela abaixo:

Tipo do Posto: Vigilante Diurno
Valor Mínimo – Caderno Técnico SEGES/ME: R\$ 9.587,27
Valor Ofertado: R\$ 8.984,40
Diferença: R\$ 602,87

Tipo do Posto: Vigilante Noturno
Valor Mínimo – Caderno Técnico SEGES/ME: R\$ 11.450,32
Valor Ofertado: R\$ 10.663,88
Diferença: R\$ 786,44

Para PROTHEUS VIGILANCIA PRIVADA EIRELI - 03- Conforme vemos a proposta apresentou custos abaixo dos valores de limite mínimo constante no Caderno Técnico da SEGES/Ministério Economia.

Da análise dos valores apresentados verifica-se que os preços ofertados estão, aproximadamente, 6,29 % e 6,87 % mais baixos para os postos diurnos e noturnos, respectivamente, do que aqueles mínimos previstos no Caderno Técnico. Diante disso, o caderno técnico e o edital são enfáticos em dizer que proposta com valores à menores do mínimo estipulado na portaria deverão demonstrar sua exequibilidade. Percebe-se que não se fala aqui de declaração sumária de inexecuibilidade, ou seja, nos dispositivos do edital, bem como o do Caderno Técnico tratam o tema inexecuibilidade de forma relativa, fator que permite ao proponente demonstrar se seu preço é praticável.

Nessa seara há que se analisar a Planilha de Custos e na sua verificação a Administração deve se atentar a dois paradigmas que a compõem, quais sejam: os custos provenientes de lei ou instrumento normativo, de modo que, a rigor, não variam de empresa para empresa (a exemplo do percentual de INSS e FGTS) e custos que não permitem a definição do valor exato a ser considerado, pois variam conforme a estratégia comercial e a realidade de cada empresa.

Para os componentes de custos cujos valores não são fixados por instrumento legal, cada empresa terá liberdade para defini-los, conforme sua estratégia comercial e, a princípio, a Administração não pode arbitrar valores mínimos a serem adotados compulsoriamente pelos licitantes, pois tal prática configuraria a definição de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido cabe à Administração Pública analisar, num primeiro momento, se os custos vinculados a instrumentos legais estão corretamente preenchidos, obedecendo cada percentual estipulado. Já num segundo momento, cabe análise aos demais custos não vinculados, entretanto, a verificação destes deve se balizar pelo preço de mercado e em complemento com as estratégias comerciais de cada empresa. Diante da respectiva análise, a Administração deve deter uma certa cautela, justamente para não interferir de forma acintosa no negócio do particular. Daí, quando se observa alguns valores de insumos e

materiais, por exemplo, a Administração deve verificar se os valores expostos nessas rubricas apresentam-se de maneira razoável próximo ao valor de mercado, devendo afastar a ideia de imputar uma média de preços como a única possível, pois permitir-se a isso seria ignorar o caráter volátil e versátil do mercado.

Pois bem, analisando as Planilha de Custos e Formação de Preços, é possível observar que os custos vinculados foram dispostos de maneira correta, respeitando o salário para categoria, bem como os percentuais determinados pela IN 05/2017, dentre outros itens de cunho vinculatório. Na parte de custo variável, em especial aos insumos e materiais, os valores ali cotados não estão fora da realidade de mercado, basta comparar, a título de exemplo, os valores cotados pela recorrente e a empresa declarada vencedora, por exemplo, vejamos:

COTURNO:

PROTHEUS: R\$ 80,00
BELÉM RIO: 35,50

CRACHÁ:

PROTHEUS: R\$ 10,00
BELÉM RIO: 1,00

COLETE BALÍSTICO:

PROTHEUS: R\$ 1.160,00
BELÉM RIO: 966,00

CINTO DE GUARNIÇÃO:

PROTHEUS: R\$ 40,00
BELÉM RIO: 6,00

COTURNO:

PROTHEUS: R\$ 80,00
BELÉM RIO: 35,50

Só para citar alguns exemplos.

Além disso, a vencedora usou de depreciação diferente da recorrente, como exemplo, cito o colete balístico, o qual a empresa vencedora utilizou como parâmetro de depreciação para 60 (sessenta) meses, enquanto que a recorrente depreciou este item em 24 (vinte e quatro) meses, que é a validade do item mencionado. Para rádio HT, a vencedora utilizou a depreciação em 60 (sessenta) meses, enquanto que a recorrente depreciou este item em 36 (trinta e seis) meses. Se compararmos os valores finais para uniformes e equipamentos, teremos o seguinte resultado, BELÉM RIO, R\$ 35,90 para uniformes e R\$ 54,84 para equipamentos. PROTHEUS VIGILÂNCIA, R\$ 29,17, para uniformes e R\$ 45,22 para equipamentos. Observe ilustre pregoeiro, a proximidade de preços finais em relação à proposta declarada vencedora e a proposta final da recorrente. Observe que parâmetros diferentes foram utilizados nos cálculos de depreciação dos equipamentos e isso tem grande importância no cômputo final dos preços. O preço de mercado detém variáveis que não cabe à Administração intervir, devendo observar, no entanto, se os preços se apresentam dentro de uma realidade possível no mercado para determinado insumo, por tal razão não se vislumbra que os valores cotados para uniformes e equipamentos de recorrente sejam impraticáveis, não havendo elementos para a sua desclassificação nesse quesito. Assim, o que se percebe é que não se pode desclassificar proposta de menor preço em função de itens que são de responsabilidade da empresa licitante, para os quais inclusive, pode renunciar à parcela (foi o que fizemos com os custos de armas, por exemplo) ou à totalidade dos custos, conforme disciplina o art. 44, § 3º da Lei nº 8.666/93 e o item 8.4.4.1.1 do edital.

Diga-se, ainda, que é assente entre os mais renomados juristas que, no pregão do tipo menor preço global, é viável ao pregoeiro buscar sempre o preço mais vantajoso, quando diante de uma proposta amplamente aceitável. Corrobora com esse posicionamento o mestre Marçal Justen Filho. Registre-se:

"Coteja-se o preço ofertado com as estimativas e avaliações elaboradas pela Administração anteriormente. Não basta apenas que o preço seja inferior à estimativa de custos. Afinal, a Administração não pode ser proibida de realizar um bom negócio. É perfeitamente possível que a evolução tecnológica e o desenvolvimento empresarial possibilitem reduções de custo não previstas pela Administração."

Encerra a sua tese da seguinte forma:

[...] O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse público. A desclassificação por inexecuibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. Nesse ponto, adotam-se posições distintas das anteriormente perfilhadas. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias.

[...] Enfim, seria inconstitucional o dispositivo legal que vedasse a benemerência em prol do Estado. Impor ao Estado o dever de rejeitar proposta gratuita é contrário a Constituição. Se um particular dispuser-se a aplicar seus

recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória, isso não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional. Cabe admitir, portanto, que o Estado perceba vantagens e benefícios dos particulares.

[...] Mais ainda, um particular plenamente capaz pode dispor de seus bens, inclusive para lançar-se em empreitadas econômicas duvidosas. Poderá assumir riscos, de que derivarão prejuízos. Não é cabível que o estado assuma, ao longo da licitação, uma função similar à da curatela dos licitantes. Se um particular comprometer excessivamente seu patrimônio, deverá arcar com o insucesso correspondente."

Por fim, cabe trazer à baila a jurisprudência nesse sentido:

TRF1: empresa não pode ser desclassificada de processo licitatório por apresentar proposta com valor abaixo do previsto em Portaria do MPOG

A 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) manteve a sentença do Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária do Pará que anulou o ato da Diretora Geral do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Pará (IFPA) que desclassificou a proposta apresentada por uma Empresa de Segurança, em pregão eletrônico promovido pela IFPA do tipo menor preço, objetivando a contratação de empresa especializada em serviço vigilância a ser executado nas unidades do referido Instituto, em Belém/PA, por ter apresentado preços inferiores aos mínimos fixados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

(...)

Ao analisar o caso, o relator, Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, destacou que a sentença não merece reparo, pois "considerando o disposto no edital de regência, que sequer fixa o preço mínimo, não se afigura legítima a desclassificação da proposta do licitante com fundamento no preço mínimo previsto como referência em norma infralegal (Portaria n. 15/2014), a qual, conquanto possa ser utilizada como parâmetro, não dispensa a verificação da exequibilidade ou não dos preços propostos em cada caso, de modo que a desclassificação deve ser devidamente motivada, demonstrando-se a sua inviabilidade".

A decisão do Colegiado foi unânime.

Processo nº: 0024758-27.2014.4.01.3900/PA

Data de julgamento: 11/02/2019

Data da publicação: 26/02/2019

IV.3 A PLANILHA DE CUSTO É ACESSÓRIA EM RELAÇÃO À PROPOSTA

Como se sabe, em procedimentos licitatórios, por força do artigo 7º, §2º, II da Lei n.º 8.666/93, é imperiosa a existência de um orçamento detalhado por meio de planilhas em que haja a discriminação dos custos unitários do objeto licitado.

A planilha de custos funciona como parâmetro para que a Administração efetue uma contratação segura e exequível. Também é necessária para se evitar problemas durante a execução dos contratos e facilitar a análise da Administração Pública quando da ocorrência das alterações contratuais, a exemplo do que ocorre no reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

Todavia, é pacífica na jurisprudência do Tribunal de Contas da União que a planilha de custos e formação de preços possui caráter acessório, subsidiário, numa licitação em que o critério de avaliação das propostas é o de menor valor global.

Por sua vez, preconiza o § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, que é possível que a comissão de licitação ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, promova diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada, contudo, a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

O Tribunal de Contas da União, ao interpretar o dispositivo em comento, entende que pode haver a correção da planilha de custos desde que referida correção preserve o valor global da proposta. Vejamos:

"32. Trata-se de analisar se, no âmbito da Concorrência 1/2013, ora em comento, o ato que desclassificou a representante, por ter detectado falhas em sua proposta de preços, destoou dos princípios que regem as contratações públicas.

"33. Para tal, deve-se verificar se a natureza dos erros de preenchimento na planilha de preços da representante enquadram-se como meros erros materiais, como alega, ou se travestem em erros impeditivos de oportunizar-se sua correção.

"34. O erro material é tido como o erro de fácil constatação, cuja detecção dispensa análise aprofundada, havendo flagrante desacordo entre a vontade da parte e aquilo o que foi manifestado no documento. Exige a correção da proposta, uma vez que retrata a inexistência material, ou seja, reflete uma situação ou algo que obviamente não ocorreu.

"35. Conforme se verifica, as falhas em comento disseram respeito, comprovadamente, à atualidade do valor do ticket-alimentação e ao cálculo do SAT, neste caso, tendo havido erro em operação matemática. Em princípio, são erros facilmente perceptíveis de preenchimento da planilha, sendo que a correção deles não caracterizaria alteração do teor da proposta.

"36. Ressalta-se que ambos os erros apontados na proposta da representante dizem respeito a obrigações da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas, que advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação. Além disso, um dos erros, uma vez corrigido, minoraria o valor da proposta. Quanto ao outro, a representante comprometeu-se a assumir os custos, reduzindo o percentual da margem de lucro.

"37. Pelo que se verifica, a correção dos erros não macularia a essência da proposta, não se vislumbrando prejuízos ao atendimento do interesse público. Não se figura válido dizer que esse tipo de correção prejudicaria o êxito do processo licitatório ou retardamento desmedido do início da prestação dos serviços, pelo contrário, em um processo em que houve apenas duas concorrentes, faria com que se buscasse a proposta mais vantajosa, ponderados os critérios de técnica e preço, gerando economia de mais de R\$ 1,8 milhão.

"38. Nesse sentido, versa o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93:

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.

"39. Quanto ao saneamento da proposta, o edital da Concorrência 1/2013 não é omissivo, prevendo no item 14.2 (peça 3, p. 46) que: A CPL e a Subcomissão Técnica, conforme o caso, poderão relevar aspectos puramente formais nos documentos de habilitação e nas propostas apresentadas pelas licitantes, desde que não comprometam a lisura e o caráter competitivo da concorrência.

"40. Sobre o assunto, o Voto do Acórdão 4.621/2009-2C é esclarecedor, inclusive, contendo exemplo aplicável à situação analisada, em que houve erro de preenchimento de planilha, cuja correção não acarretou aumento da proposta, uma vez que coberta por diminuição na margem de lucro da empresa.

"Releva ainda saber o procedimento a ser adotado quando a Administração constata que há evidente equívoco em um ou mais dos itens indicados pelas licitantes.

"Não penso que o procedimento seja simplesmente desclassificar o licitante. Penso sim que deva ser avaliado o impacto financeiro da ocorrência e verificar se a proposta, mesmo com a falha, continuaria a preencher os requisitos da legislação que rege as licitações públicas - preços exequíveis e compatíveis com os de mercado.

Exemplifico. Digamos que no quesito férias legais, em evidente desacerto com as normas trabalhistas, uma licitante aponha o percentual de zero por cento. Entretanto, avaliando-se a margem de lucro da empresa, verifica-se que poderia haver uma diminuição dessa margem para cobrir os custos de férias e ainda garantir-se a exequibilidade da proposta.

"Em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global de acordo com as normas pertinentes.

"Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a Administração é o preço global contratado. Nesse sentido, bastaria observar que a licitante poderia ter preenchido corretamente o campo férias e de forma correspondente ter ajustado o lucro proposto de forma a se obter o mesmo valor global da proposta. Segundo, porque o caráter instrumental da planilha de custos não foi prejudicado, pois a Administração pôde dela se utilizar para avaliar o preço proposto sob os vários aspectos legais.

"Em suma, penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico. Rememoro ainda que a obrigação da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação.

"41. No mesmo sentido, o Acórdão 2.371/2009-P determinou a certa entidade que se absteresse de considerar erros ou omissões no preenchimento da planilha de custos e formação de preços como critério de desclassificação de licitantes, por contrariar o artigo 3º da Lei 8.666/93 e a jurisprudência deste Tribunal Acórdãos 2.104/2004, 1.791/2006 e 1.179/2008, todos Plenário, e Acórdão 4.621/2009, da 2ª Câmara.

"42. No Relatório que acompanha a Decisão 577/2001-P, delinea-se a hipótese fática ora apresentada, em que, constatado o erro, a licitante propõe-se a corrigi-lo, arcando com os custos necessários para manter sua proposta global:

"Evidentemente espera-se não haver diferenças entre a informação posta na planilha e aquela exigida pela lei ou pelo acordo. Mas, e se houver? Só há duas alternativas, cuja validade cabe discutir:

"1ª) acata-se a proposta, mas o proponente tem que suportar o ônus do seu erro (que resulta em uma oferta menos competitiva, se o valor informado for maior que o exigido, ou em uma redução da margem de lucro inicialmente esperada, na situação inversa); ou

"2ª) desclassifica-se a proposta sumariamente, o que não deixa de ser uma medida drástica, se considerarmos que a licitação não é um fim em si mesma, mas meio para a Administração selecionar a oferta que lhe for mais vantajosa, dentro dos limites de atuação estabelecidos pelo legislador.

"43. Aponta-se, também, julgado convergente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. ERRO MATERIAL NA PROPOSTA. IRRELEVÂNCIA. O ERRO MATERIAL CONSTANTE DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO, FACILMENTE CONSTATÁVEL, NÃO É ÓBICE À CLASSIFICAÇÃO DA MESMA. (TJDFT 5043398 DF, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 18/11/1999, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 09/02/2000 Pág. : 17)

"44. Assim, embora esteja previsto no art. 48, I, da Lei 8.666/1993, que as propostas que não atendam as especificações contidas no ato convocatório da licitação devem ser desclassificadas, fato é que o rigorismo excessivo na apreciação das propostas vem sendo mitigado, com fulcro em outros princípios, tais quais os da proporcionalidade, da razoabilidade e da supremacia do interesse público.

"45. Esse último princípio não pode ser afastado, no presente caso, sob a alegação de que malferiria o princípio da isonomia entre licitantes. Isso porque não se está falando em oportunizar apresentação de proposta de preços nova, por uma licitante, negando-se esse benefício à outra, mas apenas de correção de erros materiais, que não impactam no valor global da proposta.

"46. Ademais, diante de aparente conflito, não haveria que se mitigar o atendimento do melhor interesse da Administração, que, com a ampliação da competitividade, obterá proposta mais vantajosa.

"47. No caso avaliado, verifica-se que a rejeição da proposta da representante torna-se mais prejudicial ao interesse público, do que a sua manutenção, inobstante os erros apontados em seu conteúdo.

[...]

"71. Ao analisar os elementos constantes do processo, juntamente com as manifestações do MEC e da única licitante classificada na concorrência (itens 18-31 desta instrução), observou-se que a desclassificação da proposta da representante, por erros de preenchimento da planilha, não encontrou amparo nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do interesse preponderante da Administração nas contratações públicas.

"72. Os equívocos citados não foram substanciais, não alteraram o teor da proposta, nem tampouco o seu valor global, motivo pelo qual, sem razão afirmar-se que sua correção representaria oportunidade de apresentação de nova proposta, ferindo o princípio da igualdade entre os licitantes (itens 32-52 desta instrução)."

No mesmo sentido, colhem-se decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇO. CORREÇÃO DE IRREGULARIDADE. VALOR DA PROPOSTA NÃO ATINGIDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. - O deferimento de medida liminar em mandado de segurança exige a presença dos requisitos do inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016 /2009, com as ressalvas do § 2º. - O equívoco

constante da planilha de custos e formação de preço não interferiu na proposta, nem causou prejuízo à administração ou aos demais licitantes. - Observância do princípio do formalismo moderado, considerando a inexistência de irregularidade que macule as condições de habilitação da impetrante. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO.”

E, ainda:

“Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Licitação. Pregão Presencial. Fornecimento de mão de obra capacitada para prestação de serviços de jardinagem. Empresa inicialmente desclassificada do certame, mas que comprovou por intermédio de recurso administrativo o cumprimento das disposições editalícias. Apresentação de planilha de custos de despesas médico-hospitalares em local diverso do estabelecido. Reavaliação da proposta apresentada. Possibilidade. Ausência de majoração do preço global apresentado. Manutenção da decisão interlocutória proferida no primeiro grau.

“Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o 'princípio da isonomia' imporia tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional (Marçal Justen Filho)

“Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da licitação é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública e, para atingi-la, não pode o administrador ater-se à rigorismos formais exacerbados, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação”.

Importa mencionar, ainda, que o Tribunal de Contas da União entende que a planilha de preços é necessária para análise, pelo Administrador Público, da exequibilidade dos valores cotados nas propostas apresentadas em um certame licitatório, de forma a avaliar se o valor global ofertado será suficiente para a cobertura de todos os custos da execução contratual, senão vejamos:

“[...] 52. Inicialmente, cabe esclarecer que alguns dos elementos integrantes da planilha de custos são variáveis, e dependem da característica e estrutura de custos de cada organização. Outros são decorrentes de lei ou acordos coletivos, sendo responsabilidade da licitante informá-los corretamente. Caso a planilha apresentada pelo licitante esteja dissonante do previsto em lei, e ainda assim, for considerada exequível e aceita pela Administração, caberá ao licitante suportar o ônus do seu erro.”.

“[...] O TCU, concordando com o entendimento do órgão, destacou que eventual erro na planilha teria de ser assumido pelo licitante. Segue o trecho do relatório da Decisão 577/2001 - Plenário, integralmente acatado no voto, que a representante expôs em suas alegações (fls. 11/13): [...] 'b) o mecanismo de convalidação previsto no edital é, a nosso ver, admissível. “Não há modificação dos valores globais da proposta, sempre respeitados, em qualquer hipótese. Ocorre que esse valor vem acompanhado de sua memória de cálculo, ou seja, da planilha demonstrativa dos componentes do custo, entre os quais alguns que decorrem de lei e de acordos coletivos. “Evidentemente espera-se não haver diferenças entre a informação posta na planilha e aquela exigida pela lei ou pelo acordo. Mas, e se houver? Só há duas alternativas, cuja validade cabe discutir:

“1ª) acata-se a proposta, mas o proponente tem que suportar o ônus do seu erro (que resulta em uma oferta menos competitiva, se o valor informado for maior que o exigido, ou em uma redução da margem de lucro inicialmente esperada, na situação inversa); ou

“2ª) desclassifica-se a proposta sumariamente, o que não deixa de ser uma medida drástica, se considerarmos que a licitação não é um fim em si mesma, mas meio para a Administração selecionar a oferta que lhe for mais vantajosa, dentro dos limites de atuação estabelecidos pelo legislador. Dentre essas alternativas, a [...] optou pela primeira: mantém a proposta, se verificar que, mesmo com a diminuição do lucro, a oferta ainda é exequível.

Essa decisão nos parece válida, já que:

“1º) o proponente continuará sujeito a cumprir a lei e os acordos firmados; sua declaração contida na planilha não tem a faculdade de afastar a incidência dessas obrigações; 2º) os valores globais propostos não poderão ser modificados; a proposta obriga o proponente, a quem cabe assumir as consequências de seus atos; e 3º) o procedimento previsto não fere a isonomia entre os licitantes [...]”.

Assim, tendo em vista o caráter acessório das planilhas orçamentárias, harmonizando-se os princípios do julgamento objetivo e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório com a busca pela proposta mais vantajosa e a necessidade de utilização do formalismo moderado, entende-se possível a correção de erros formais e materiais de fácil constatação nas planilhas de custos, em todas as modalidades de licitação, desde que não haja alteração do valor global da proposta e essa se mantenha exequível.

Ademais, corroborando o entendimento acima exposto, tem-se que as normas que regem o processo licitatório devem(rão) sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os participantes, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Mas e se foram dadas oportunidades para a correção e ainda assim a planilha se manteve com erros? O entendimento mais comum é a possibilidade irrestrita de correção da planilha pelo fornecedor, ENQUANTO MANTIVER O MESMO PREÇO GLOBAL.

E reforçando com uma tentativa de justificativa de um Pregoeiro no Acórdão 3750/2015:

“1. Indaga (p. 5): ...por quantas vezes mais eu deveria ter facultado à licitante oportunidade de corrigir sua planilha? Errar sucessivamente o preenchimento da própria planilha, em um procedimento licitatório, é extremamente incomum e somente pode ser atribuído a um destes fatores: falta de qualidade técnica da administração da empresa ou dolo protelatório.”

Porém, o TCU multou o Pregoeiro em R\$ 3.000,00 por rigor excessivo porque ele deu "apenas" 3 tentativas para a empresa corrigir a sua planilha. O erro estava no desconto do vale transporte.

IV.4 DA RAZOABILIDADE

Ao analisar os diversos princípios vitais para a garantia da ordem pública, depara-se com o princípio da razoabilidade, o qual é definido por Antônio José Calhau de Resende da seguinte forma:

“A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato”.

Neste prisma, constata-se que a administração pública, ao exercer suas funções, deve primar pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimar as suas condutas, fazendo com que o princípio seja utilizado como vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção administrativa imposto pela esfera administrativa ao destinatário, como bem assevera José Roberto Oliveira Pimenta.

A importância do princípio da razoabilidade no direito administrativo mostra-se ainda mais evidente quando se põe em pauta a face sancionadora que este exerce frente aos administrados, em que diversas vezes ocorre por meio de dispositivos abertos e abstratos, utilizando da discricionariedade para tanto.

Desta forma, esta competência discricionária vem sendo utilizada, no desempenho da função pública, como forma de melhor atender as conveniências da administração e as necessidades coletivas. Serve como um poder instrumental, o qual consiste na liberdade de ação dentro de critérios estabelecidos pelo legislador.

Assim, se remanescer na norma certa margem de opção para o agente efetivar a vontade abstrata da lei, a autoridade deverá adotar a melhor medida para o atendimento da finalidade pública.

Contudo, esta discricionariedade por parte do agente não pode resultar em atitudes incoerentes, desconexas e desprovidas de fundamentação. Deve, portanto, haver adequação ou proporcionalidade entre o motivo e a finalidade, sob pena do ato administrativo ser objeto de invalidação pela própria administração ou pelo Judiciário, na hipótese de provocação do interessado.

IV. 5 DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade (que em inúmeras oportunidades é tratado como princípio contido no âmbito da razoabilidade) tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Esse princípio, largamente adotado pela jurisprudência alemã do pós-guerra, preceitua que nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente.

Na seara administrativa, segundo o mestre Dirley da Cunha Júnior, a proporcionalidade "é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais".

Complementando, a professora Fernanda Marinela assevera que embora referido princípio não esteja expresso no texto constitucional, alguns dispositivos podem ser utilizados como paradigmas para o seu reconhecimento, como, por exemplo, o artigo 37 combinado com o artigo 5º, inciso II e o artigo 84, inciso IV, todas da Magna Carta.

IV. 6 DA ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA

Eficiência não é apenas agir de forma rápida, mas também com qualidade, quando se trata de eficiência na administração pública, aliás, todos os envolvidos deverão agir dessa maneira, atendendo de modo satisfatório, sempre utilizando recursos adequados, com o menor custo de recursos e de tempo, priorizando a economia do dinheiro público, administrando os recursos financeiros de maneira responsável.

Enquanto princípio da administração pública, a eficiência foi acrescentada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, no art. 37, caput, da Constituição Federal, sendo considerado um dos pilares da mudança entre a administração burocrática para a administração gerencial, cujo foco está no controle dos resultados. Dessa forma, Mazza (2016, p. 157) ensina que existem valores importantes provenientes do princípio da eficiência, como a "economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional" tendo como obrigação pela Administração Pública o alcance dos melhores resultados.

No pregão, o princípio da eficiência é atendido em virtude da previsão de redução de gastos das operações, assim, os resultados são alcançados de forma mais rápida e os preços acabam sendo os mais vantajosos para a Administração Pública consequentemente para sociedade. Neste sentido, "a despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levando em consideração a finalidade do novo diploma, que é a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados". Carvalho Filho (2018, p. 372) e Scatolino (2016, p. 33), definem que "a eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição, rendimento e economicidade para a Administração".

Desse modo, verifica-se que a Administração Pública sempre que contratar deverá agir para que o gasto do dinheiro público seja realizado com total e irrestrita responsabilidade, para que não haja desperdício e o interesse da coletividade seja sempre alcançado.

IV. 7 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da Supremacia do Interesse Público, apesar de implícito no ordenamento jurídico, é tido como um dos pilares do regime jurídico-administrativo, juntamente com o princípio da indisponibilidade do Interesse Público. Isto se deve ao fato de que todos os demais princípios da administração pública são desdobramentos desses dois princípios em questão, cuja relevância é tanta que são conhecidos como supraprincípios da administração pública.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público existe com base no pressuposto de que "toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da 'vontade geral'". Dessa maneira, os interesses privados encontram-se subordinados à atuação estatal.

Este supraprincípio fundamenta todas as prerrogativas de que dispõe a Administração como instrumentos para executar as finalidades a que é destinada. Neste sentido, decorre do Princípio da Supremacia do Interesse Público que havendo conflito entre o interesse público e o privado, prevalecerá o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitando-se, contudo, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes. Como exemplo desses direitos e garantias, tem-se o art. 5º da CF/88, XXXVI, segundo o qual a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito. Fica patente, portanto, que a forma e os limites da atuação administrativa são determinados pelos princípios constitucionais; dessa maneira, assim como ocorre com todos os princípios jurídicos, o supraprincípio em questão não tem caráter absoluto.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público não está diretamente presente em toda e qualquer atuação da Administração Pública, limitando-se, sobretudo, aos atos em que ela manifesta poder de império (poder extroverso), denominados atos de império. Estes são "todos os que a Administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas; são os atos que originam relações jurídicas entre o particular e o Estado caracterizadas pela verticalidade, pela desigualdade jurídica".

V. DA OMISSÃO

"NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS" ou simplesmente, "Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza"

De início é importante destacar que tal princípio possui uma aplicabilidade geral, em qualquer seara do Direito, não sendo restrito à determinada área em específico.

Em uma definição bem singela, pode-se dizer que o princípio "ninguém pode se beneficiar da própria torpeza" refere-se a questão de que nenhuma pessoa pode fazer algo incorreto e/ou em desacordo com as normas legais e depois alegar tal conduta em proveito próprio.

Para melhor elucidar, imagine que um assaltante adentra uma loja para cometer o crime de furto de alguns materiais. Entretanto, ao sair da loja, pisa em um buraco e acaba fraturando o pé. Com isso, o assaltante provoca o Poder Judiciário demandando uma ação de danos estéticos em face do dono do estabelecimento.

No exemplo acima, ocorrerá a improcedência do pedido efetuado pelo assaltante, com a aplicação do princípio tema, uma vez que, ao adentrar a loja e realizar o furto, o assaltante apresentou conduta em desacordo com as normas legais, nesse caso, contra o Código Penal.

Em outro exemplo, no Direito do Consumidor, tem-se que a parte autora da ação comprou cozinha planejada, entregue com medidas erradas em apenas alguns dos objetos e o negócio foi imediatamente desfeito. Nesse mesmo processo, o autor pediu danos morais, pois não conseguiu fazer uso da cozinha nas festividades natalinas e se sentiu lesado por isso.

Todavia, segundo o CDC, em seu art. 18, parágrafo primeiro, vê-se que o fornecedor tem 30 dias para efetuar trocas e reparos. Acontece que, ao desfazer de imediato a compra da cozinha planejada, o autor da ação acabou por descumprir um mandamento legal, nesse caso o CDC, e ao pedir danos morais estaria se beneficiando da própria torpeza para conseguir um montante em dinheiro, sendo que não faz jus a tal, pois foi o próprio que desfez o negócio e sequer deixou o fornecedor efetuar os reparos.

O que ocorreu no caso do presente processo é que o Douto pregoeiro, ao publicar o edital e nele fazer constar VALORES ESTIMADOS (Postos Diurnos: R\$ 8.796,09 e Postos Noturnos: R\$ 10.599,39), vinculou todos os licitantes e a própria Administração à este mandamento editalício e dele não pode se afastar. Se o edital é contraditório em determinados pontos pela má redação, não pode a Administração decidir por agir a seu bel prazer, realizando interpretações que se lhe afigurem mais favoráveis, em detrimento do particular. Outrossim, o que a jurisprudência confirma é exatamente o contrário, a Administração não pode alegar tal falha em proveito próprio. Assim, requeremos a tutela antecipada, a qual possui, em sua essência, a função de resguardar o direito do autor e, ao mesmo tempo, garantir efetividade jurisdicional, ou seja, é medida que visa proteger o direito fundamental do acesso à justiça, de maneira irrestrita, pois não é assente que se faça vistas grossas aos erros presentes no edital, na sua ambiguidade quanto aos preços de referência. Quanto à estes, nossos preços finais foram superiores àqueles estimados no edital, portanto, se faz imperativo a reforma da decisão de desclassificação de nossa proposta.

Não pode o Douto Pregoeiro diante de tamanha contradição fazer impor a sua interpretação em detrimento da interpretação do comando editalício por parte do licitante.

Isso porque, pelo "princípio da vinculação ao instrumento convocatório" ou "princípio da vinculação ao edital", todos os atos que regem o processo licitatório devem ser observados pelos licitantes que desejam participar do certame e pela Administração, que terá sua atuação vinculada às regras ali contidas, não podendo fazer cumprir "apenas parte do edital", mas sendo esta obrigada a cumpri-lo integralmente. Porquanto, o problema nasceu quando a Administração falhou ao elaborar as normas do certame as quais se contradizem, ditando regras confusas ou ambíguas que acabaram por prejudicar os participantes por uma falha do próprio órgão público, que deveria pautar suas ações na mais estrita previsibilidade, mas que neste sentido, ao desclassificar a proposta mais vantajosa sem amparo em norma jurídica, acabou por "infringir as regras do jogo".

Em se tratando do caso específico da ambiguidade, pois, ao estabelecer norma ambígua a Administração Pública não foi clara e objetiva como deve ser e agiu de forma avessa aos princípios da legalidade, segurança jurídica, moralidade, proteção à confiança, etc.

DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer à Vossa Senhoria:

De sorte que, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito para que seja anulada a decisão em apreço, na parte atacada neste, declarando-se a empresa PROTHEUS VIGILÂNCIA PRIVADA EIRELI, classificada e habilitada, com posterior adjudicação e homologação do certame.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que o ilustre Pregoeiro, auxiliado por sua Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Nestes termos,
Aguarda Deferimento.

Ananindeua/PA, 02 de Junho de 2020.

PROTHEUS VIGILANCIA PRIVADA EIRELI
ANTÔNIO JOSÉ TAVARES RIBEIRO
Representante Legal

Fechar