

ILMO. SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ACOPIARA - CE



REF. PREGÃO PRESENCIAL Nº
PREGÃO PRESENCIAL N2
2019.09.09.02

FRANCISCO RENE MEDEIROS DE MORAIS, pessoa jurídica de direito privado, portador do CNPJ nº 41.553.587/0001-43, com sede na Av. Alfredo Fernandes Franco, 223, Centro, Piquet Carneiro, CE, vem, respeitosamente perante Vossa Senhoria, não se conformando com os atos ocorridos quando da abertura e julgamento do referido pregão, com fulcro no art. 109, inciso I e preceitos da Lei 8.666/1993 c/c a Lei 10.520/2002 e termos editalícios, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

em desfavor de ato praticado pela Sra. Pregoeira Oficial quando da abertura e julgamento do referido pregão, pelos fundamentos de fato e de direito que seguem:

DAS FALHAS PROCEDIMENTAIS:

Antes de adentrarmos no mérito da questão e na tempestividade do recurso, importante mencionar as seguintes questões, que, a nosso ver, e com base na jurisprudência consolidada do TCU foram conduzidas de forma errada: **vedação à participação de consórcios, análise das amostras após a habilitação e desclassificação de propostas após a habilitação.**

A) Vedação à participação de consórcios:

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), é pacífico o entendimento quanto à necessidade de motivação no tocante ao referido impedimento. A Administração, em respeito à transparência e à motivação dos atos administrativos, deve explicitar as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcios de empresas quando da

*recebido em
23/09/2019 às 14:16*

contratação de objetos de maior vulto e complexidade. Acórdão 929/2017 – Plenário – TCU.

A decisão da Administração de permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio nas licitações deve ser devidamente motivada e não deve implicar a proibição da participação de empresas que, individualmente, possam cumprir o objeto a ser contratado, sob pena de restrição à competitividade. Acórdão 1711/2017 – Plenário – TCU.

O impedimento de participação de consórcios de empresas em licitações públicas requer a fundamentação do ato, à luz do princípio da motivação. Acórdão 1305/2013 – Plenário – TCU.

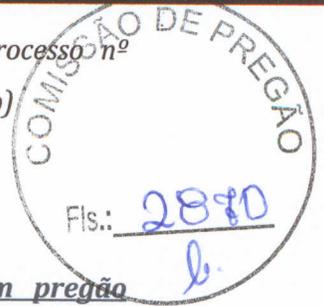
O Tribunal de Contas do Estado do Ceará, no bojo dos Processos nº 02007/2014-3 e nº 08468/2013-7, entendeu por irregular a ausência de motivação para a vedação de empresas na forma de consórcio:

RESOLVE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos [...] Quanto ao mérito, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente o pedido, para: 1) considerando que o Edital de Tomada de Preços nº 20130033 conteve cláusulas que restringiram a competitividade do certame, violando princípios elementares do processo licitatório público e, por conseguinte, o art. 3º, caput e § 1º, I, da Lei n.º 8.666/1993; e, diante das incongruências identificadas nos fólios, tendo como norte a atuação pedagógica e de orientação que os Tribunais de Contas devem perfilhar, determinar à CAGECE que, em suas futuras licitações, abstenha-se de inserir cláusulas restritivas à competitividade, atentando sobretudo para: [...] c) a necessidade de justificação, motivada, da razão pela qual vedou ou permitiu a participação de empresas em consórcio; (Processos nº 02007/2014-3, Resolução nº 1978/2015)

RESOLVE O PLENO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos: [...] b) dar ciência à SEINFRA, na pessoa do seu atual gestor, Sr. Lúcio Ferreira Gomes, com vistas à adoção de providências que previnam a reincidência das falhas, que: [...] b.3) a ausência de justificativa técnica para a admissão ou vedação de empresas em consórcios afronta a Lei n.º



8.666/93, sobretudo o Princípio da Motivação. (Processo nº 08468/2013-7, Resolução nº 03191/2018) (grifo nosso)



B) Análise das amostras após a habilitação

A Corte de Contas da União manifestou-se:

“A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar (...) Quanto a esse quesito do edital, a unidade técnica informou que **“A jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”**. Mencionou, em seguida, deliberações que respaldam esse entendimento: **Acórdãos 1.291/2011-Plenário, 2.780/2011-2ª Câmara, 4.278/2009-1ª Câmara, 1.332/2007-Plenário, 3.130/2007-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara**. O relator, em face desse e dos demais indícios de irregularidades apontados na representação determinou a suspensão cautelar do certame e a oitiva daquele órgão, decisão essa que mereceu o endosso do Plenário. (...) **A exigência de amostras na fase de habilitação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados**. (...) Precedentes mencionados: Acórdãos nº 1.291/2011-Plenário, nº 2.780/2011-2ª Câmara, nº 4.278/2009-1ª Câmara, nº 1.332/2007-Plenário, nº 3.130/2007-1ª Câmara e nº 3.395/2007-1ª Câmara. Acórdão nº 3269/2012-Plenário, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012.

Mais de Outro acórdão:

“AMOSTRAS. DOU de 13.06.2008, S. 1, p. 106. Ementa: o TCU sendo o caso, poderá determinar ao Gabinete do Comandante do Exército que, em certames licitatórios, se limitasse a exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos incisos XII e XIII, art. 4º da Lei nº 10.520/2002 c/c art. 30 da Lei nº 8.666/1993, observando, no instrumento convocatório, os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa (item 9.2.1, TC-017.246/2006-5, Acórdão nº 1.113/2008-TCU-Plenário)”.

C) Desclassificação de propostas após a habilitação

A não aceitação da amostra da licitante fez com que a administração desclassificasse sua proposta, contudo, esse procedimento ocorreu após a fase de lances, o que fere frontalmente a Lei 10.520/02.

SÍNTESE FÁTICA:

A licitação em comento cujo objeto era AQUISIÇÃO DE GENEROS ALIMENTÍCIOS (MERENDA ESCOLAR) DESTINADOS AOS ALUNOS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ACOPIARA-CE, CONFORME PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA EM ANEXO AO EDITAL, conforme especificações e quantidades constantes no Termo de Referência, convertido em Anexo I do Edital.

a) Desclassificação da Empresa:

Após ser devidamente credenciada, a ora recorrente teve sua proposta classificada e habilitada (antes da apresentação das amostras).

Ocorre que, a convocação da licitante para apresentar a amostra NÃO ESTIPULOU PRAZO, conforme publicação expedida pela pregoeira.

Emfim, a solicitação ocorreu no período de carnaval e, é notório o período de recesso nas fábricas respectivas, característica do segmento, sendo, evidente a dificuldade administrativa, e logística, inerentes ao período para as empresas convocadas.

Assim, a empresa convocada apresentou todas as amostras, exceto do item 11 e 12 do Lote II (MINGAU DE CHOCOLATE-MISTURA EM PÓ PARA O PREPARO DE MINGAU CONTENDO 1KG e MINGAU DE MILHO - SABOR LEITECONDENSADO -MISTURA EM PÓ PARA O PREPARO DE MINGAU CONTENDO 1KG), **devido ao comunicado da fábrica, devidamente enviado à pregoeira**, o que conduziria à necessidade de dilatação do prazo para a preservação da segurança e interesse público na contratação, dada a complexidade, e o vulto, das aquisições pretendidas.

Contudo, a pregoeira não acatou a justificativa, desclassificando a proposta!

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

A Lei 10.520/02 fixa no inciso XVIII, do artigo 4º, da Lei 10.520/2002:

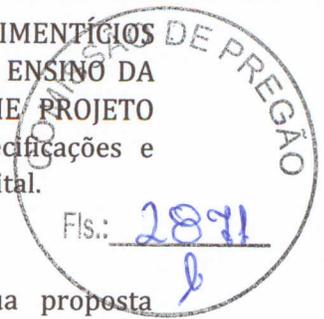
*“XVIII - **declarado o vencedor**, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual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

Ocorre que, devido ao erro procedimental (exigir amostras após a habilitação) conduziu ao fato de que quando a licitante foi declarada vencedora não havia motivo nenhum para que a mesma manifestasse interesse em recorrer, pois, a situação era favorável à mesma.

Contudo, na sequência, com o ato de não prorrogação do prazo para apresentar a amostra requerida, e, **tendo a proposta sido desclassificada (mesmo após a fase de habilitação)**, surgiu, ai sim, o interesse recursal da licitante.

Logo, o presente recurso é tempestivo.]

De toda sorte, independentemente da análise da tempestividade da impugnação ao edital, que a toda evidência, foi tempestiva, seja ela sob qualquer dos aspectos aqui narrados, poderá ainda o Administrador Público receber e conhecer dos termos dos pedidos



apresentados contra o ato convocatório, se não pela tempestividade, mas pelo interesse público e em atenção, especialmente, ao Princípio da Moralidade Administrativa.

Finalmente, em razão dos princípios da legalidade e da autotutela a Administração deve anular seus atos ilegais, independente de provocação.



DAS RAZÕES DA REFORMA

DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA ENTREGA DAS AMOSTRAS

Dois são os fatores que fundamentam ao direito da licitante ter prorrogado o prazo para entrega da amostra mencionada: (No Edital e Termo de Referência do Pregão nº 002/2016, estabeleceu apresentação de amostras sem previsão para prorrogação ou reapresentação.) Convocação sem prazo e justificativa técnica razoável estranha à vontade das partes.

A convocação da recorrente para apresentar amostras dos lotes que sagrou-se vencedora NÃO ESTIPULOU PRAZO, conforme vimos na convocação:



ESTADO DO CEARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE ACOPIARA
AVISO DE CONVOCAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS
PREGÃO PRESENCIAL Nº 2020.01.09.02

A PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ACOPIARA - CEARÁ, através deste, CONVOCAR, as Empresas, que foram sagradas vencedoras do PREGÃO PRESENCIAL Nº. 2020.01.09.02 cujo objeto é a AQUISIÇÃO DE GENEROS ALIMENTÍCIOS (MERENDA ESCOLAR) DESTINADOS AOS ALUNOS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ACOPIARA-CE, CONFORME PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA EM ANEXO AO EDITAL. Empresas: FRANCISCO RENÉ MEDEIROS DE MORAIS - CNPJ: 41.553.587/0001-43; sagrou-se vencedoras dos lotes: 01 e 04; E. BERNARDO DE SOUSA - ME-CNPJ: 30.406.114/0001-05; sagrou-se vencedora do Lote 02; e DIONISON PEREIRA ARAÚJO - ME-CNPJ: 27.254.755/0001-79; sagrou-se vencedora do Lote 03, para apresentação das devidas amostras, dos respectivos itens dos lotes, conforme faz constar no item 9.0 do edital, para ser submetido previamente ao Controle de Qualidade, onde será emitido Laudo Técnico (Aprovação/Reprovação) do produto apresentado, devendo o mesmo ser apresentado em até 48 (quarenta e oito) horas, após convocação desta publicação. Local para entrega: Almoarifado Central da Merenda Escolar, localizada na Avenida Pedro Alves, 300, Centro - Acoiara/Ce; Ressaltamos que o não comparecimento caracteriza o descumprimento das condições editalícias. Maiores informações no endereço na avenida José Marques Filho ou pelo Fone: (88) 3565-0116, no horário de 08:00h às 12:00h ou pelo site <https://www.tce.ce.gov.br/licitacoes>. Antônia Elza Almeida da Silva- Pregoeira.

A SER PUBLICADO DIA 02 DE MARÇO DE 2020.

(JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO "D.N" e D. O U)


ANTÔNIA ELZA ALMEIDA DA SILVA
PREGOEIRA

Diante desse fato demonstra-se que a licitante não está em mora com a administração.

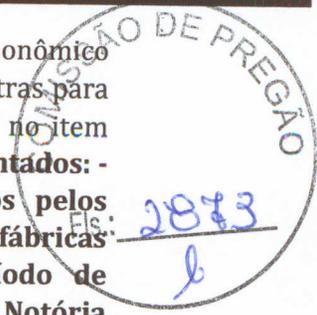
Contudo, ainda assim, é notório o período de recesso nas fábricas respectivas, no carnaval, característica do segmento, sendo, evidente a dificuldade administrativa, e logística, inerentes ao período para as empresas convocadas, o que conduz à necessidade de dilatação do prazo para a preservação da segurança e interesse público na contratação, dada a complexidade, e o vulto, das aquisições pretendidas.

A administração não deve restringir-se ao formalismo exacerbado nas licitações, restringindo-se apenas à literalidade da lei.

Em caso semelhante decidiu o MPF (órgão que inclusive fiscaliza a merenda escolar):

Processo 1.02.000.001540/2016-56 Pregão Eletrônico nº 17/2016. DECISÃO - APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS -

PRORROGAÇÃO DE PRAZO Preservando tratamento isonômico aos licitantes, convocados para apresentação de amostras para os 04 Lotes objetos deste certame, com fundamento no **item 5.21 do Edital, justificado nos aspectos abaixo apontados:** - Pedidos de prorrogação de prazo apresentados pelos convocados; - Notório período de recesso nas fábricas respectivas, característica do segmento; - Período de recesso no órgão responsável pelo certame; - Notória dificuldade administrativa, e logística, inerentes ao período de final de ano, para a Administração e para as empresas convocadas; - Preservação da segurança e interesse público na contratação, dada a complexidade, e o vulto, das aquisições pretendidas. Decido pela prorrogação de prazo, para conclusão de apresentação de amostras, para a data de 25/01/2017, para todas as empresas convocadas nos diversos lotes. Rio, 27 de dezembro de 2016. Valmir Cardoso Rangel Pregoeiro



Os órgãos federais que se submetem ao crivo do TCU também prezam pela materialidade da proposta em detrimento do formalismo:

INSTITUTO FEDERAL
Seção de Minas Gerais

Licitação - Campus Barbacena <licitacao.barbacena@ifudestemg.edu.br>

Pedido de prorrogação de prazo das Amostras
12 mensagens

EMPÓRIO SANTA CLARA <emporiosantacara.hv@gmail.com> 10 de setembro de 2019 13:45
Para: licitacao.barbacena@ifudestemg.edu.br

Bom dia, Sr. Pregoeiro.

Solicito a prorrogação do prazo para envio das amostras, referentes aos itens N° 133 (MACARRÃO, TIPO COM OVOS, FORMATO FARFALLE) e 134 (MACARRÃO, TIPO COM OVOS, FORMATO PARAFUSO).

Diante da falta do produto em estoque em nosso fornecedores diretos e estamos aguardando a regularização para envio, como comprovado pelo anexo. Ainda que envio via Correios demanda um tempo imprevisível, por mais que enviemos pela modalidade Sedex.

Contudo fica claro que necessitamos da dilatação do prazo para que seja mantida a proposta mais vantajosa para a Administração.

Pedimos desculpas, pois não é a intenção retardar o processo ou causar qualquer tipo de dano a Unidade de ensino. Saliento que até o dia 13 estaremos despachando via Correios ou qualquer transportadora e será comunicado de imediato aos senhores.

Estamos à disposição para qualquer dúvida ou esclarecimento.

Atenciosamente,

SANTA CLARA EMPÓRIO GOURMET EPP ME

COMUNICADO AMOSTRA RENATA.pdf
60K

Licitação - Campus Barbacena <licitacao.barbacena@ifudestemg.edu.br> 10 de setembro de 2019 16:52
Para: EMPORIO SANTA CLARA <emporiosantacara.hv@gmail.com>

Boa tarde!

Mediante o solicitado concedemos prorrogação por até período igual ao original previsto no Edital, de 05 dias úteis. Nesse sentido, pedimos que o envio da amostra seja realizado até no máximo dia 19/09/2019.

Atenciosamente,

Seção de Licitação
Instituto Federal do Estado de Minas Gerais
Campus Barbacena

[Texto das mensagens anteriores oculto]

Licitação - Campus Barbacena <licitacao.barbacena@ifudestemg.edu.br> 18 de setembro de 2019 09:22
Para: EMPORIO SANTA CLARA <emporiosantacara.hv@gmail.com>

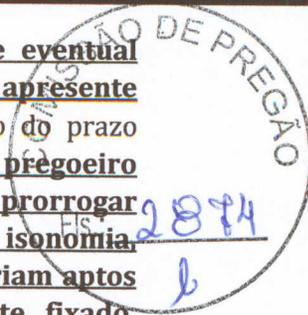
Prezados(as), bom dia!

Tendo em vista a aproximação do término do prazo concedido para envio das amostras (até e incluindo amanhã), gostaríamos de saber se já foi ou está sendo providenciado o envio e se há alguma forma de rastreamento do mesmo.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais assim se posicionou em caso idêntico:

DENÚNCIA N. 862946 Denunciante: Vanderleia Silva Melo
Denunciada: Prefeitura Municipal de Ladainha Responsáveis:
José Aécio dos Santos, Lourival dos Reis Gonçalves, LivonCleyf
Soares Teixeira MPTC: Elke Andrade Soares de Moura Silva
RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE EMENTA
DENÚNCIA – PREGÃO PRESENCIAL – IMPROCEDÊNCIA DA
DENÚNCIA – RECOMENDAÇÕES – ARQUIVAMENTO. 1 -
Quando a Administração fixa prazo para entrega de amostras, diversas situações podem ocorrer, sendo

razoável que o pregoeiro possa decidir sobre eventual prorrogação, desde que o licitante interessado apresente uma justificativa aceitável, antes do vencimento do prazo que deseja prorrogar. (...) O simples fato de o pregoeiro aceitar a justificativa de determinado licitante e prorrogar o prazo não implica ofensa ao princípio da isonomia, porquanto, teoricamente, outros licitantes estariam aptos a apresentar amostras no tempo inicialmente fixado, mesmo porque toda a discussão sobre prazos para apresentação de amostras parte do princípio de que não seria legítimo estabelecer prazos que impusessem ônus aos licitantes antes de se determinar qual licitante deveria cumprir tal obrigação, ou seja, o licitante que está na fase de aceitabilidade de sua proposta está em condição processual diferente da dos demais.



Inclusive, como bem saliente o egrégio Tribunal de Contas: “O simples fato de o pregoeiro aceitar a justificativa de determinado licitante e prorrogar o prazo não implica ofensa ao princípio da isonomia, porquanto, teoricamente, outros licitantes estariam aptos a apresentar amostras no tempo inicialmente fixado, mesmo porque toda a discussão sobre prazos para apresentação de amostras parte do princípio de que não seria legítimo estabelecer prazos que impusessem ônus aos licitantes antes de se determinar qual licitante deveria cumprir tal obrigação, ou seja, o licitante que está na fase de aceitabilidade de sua proposta está em condição processual diferente da dos demais.”

Portanto, eventual exiguidade de prazo para apresentar amostras poderia ser contornada mediante prorrogação, analisada caso a caso, com motivo justo aceitável pelo pregoeiro, especialmente porque, a meu ver, trata-se de prazo dilatatório, cuja eventual prorrogação não prejudicaria os demais licitantes e atenderia ao interesse da Administração de buscar a proposta mais vantajosa.

Relativização do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório:

Embora admitindo que tal posição poderia gerar controvérsias no que respeita à aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é preciso considerar que doutrina e jurisprudência caminham no sentido de sua relativização, quando o rigorismo formal se mostra prejudicial aos objetivos primordiais da licitação, quais sejam, a obtenção da proposta mais vantajosa e a igualdade de participação entre os interessados. Neste sentido, citamos o magistério de Marçal Justen Filho¹:

Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é satisfatória e vantajosa. Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja a estrita regulamentação imposta originariamente na lei ou no edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer

¹JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 230.

divergência entre o texto da lei ou do edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação.

Estando a análise de amostras inserida na fase de análise da aceitabilidade da proposta e, portanto, na fase de instrução do processo licitatório, é oportuno trazer aos autos entendimento que permeia toda a processualística moderna atinente à mitigação da preclusão na fase instrutória, que foi, inclusive, recentemente positivada no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, cujo art. 139, inciso VI, dispõem:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...) VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

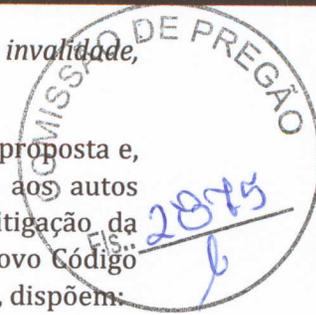
O Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão 1.924/11 – Plenário posicionou-se pela aceitação da proposta.

Em que pese os entendimentos ora colacionados, em observância aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, bem como, considerando que as normas atinentes à licitação deverão ser sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação; diante da apresentação de propostas sem assinatura, com vistas à satisfação do interesse público, parece que a conduta mais acertada por parte da Administração, será, naqueles certames licitatórios nos quais o representante da empresa se fizer presente na sessão, reputar-se tal omissão como sendo uma falha meramente formal, passível de saneamento, oportunizando-se ao licitante a possibilidade de assinar a sua proposta na própria sessão.

A jurisprudência do TCU é uniforme no sentido de constituir-se excesso de rigor a desclassificação de licitantes por conta de erro formal na apresentação da proposta e da documentação exigida (Acórdãos nº 1.791/2006 – Plenário e nº 1.734/2009 – Plenário, entre outros).

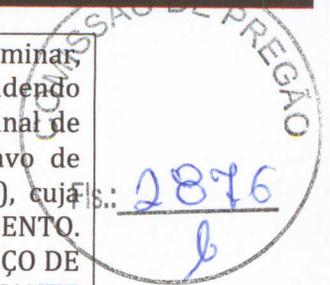
O STJ também adota essa linha:

Superior Tribunal de Justiça
Revista Eletrônica de Jurisprudência Brasília DF, 06 de fevereiro de 2001 MEDIDA CAUTELAR Nº 23.928 - TO (2015/0033251-7) RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES REQUERENTE : MUNICÍPIO DE PALMAS PROCURADOR : BRUNO FLÁVIO SANTOS SEVILHA E OUTRO(S) REQUERIDO : COLETA GERAL CONCESSÕES LTDA EMENTA PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO NA ORIGEM. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE APRECIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

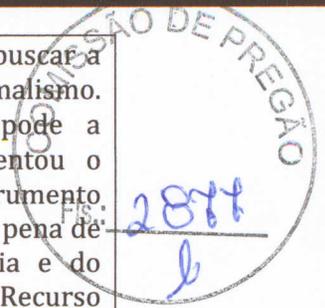


DECISÃO Trata-se de medida cautelar, com pedido liminar, ajuizada pelo MUNICÍPIO DE PALMAS, pretendendo suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, nos autos do Agravo de Instrumento 0008525-56.2014.827.0000 (fls. 28/62), cuja ementa segue transcrita: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LIMPEZA URBANA. DESCLASSIFICAÇÃO DA AGRAVANTE FUNDADA EM CRITÉRIOS NÃO PREVISTOS NO ATO CONVOCATÓRIO. ILEGALIDADE. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO E EM CONFORMIDADE COM O EDITAL. EMPRESA QUE DEVERIA TER SIDO CONSIDERADA VENCEDORA. RECURSO PROVIDO.

1. O art. 41 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Significa dizer que todos os critérios e todas as exigências constantes da regra editalícia devem ser cumpridas pelos licitantes, sob pena de desclassificação.
2. Na hipótese, não se vislumbra inconformidade da planilha apresentada pelo recorrente em relação aos termos do edital, porquanto as circunstâncias utilizadas para a desclassificação - número de viagens por caminhão e a quantidade de toneladas carregadas por viagem - não estavam previstas no edital, mesmo porque são acessórias da finalidade principal, que é a quantidade total de resíduos que deverão ser recolhidos mensalmente.
3. A obrigação relativa ao Licenciamento e Seguros, conforme expressa previsão editalícia, é de responsabilidade da empresa proponente e deve estar incluída na composição de seus custos (item 9.5 do edital). Com efeito, eventual omissão no que concerne aos referidos valores não implica qualquer prejuízo à Administração Pública, uma vez que esta não suportará tal ônus. Ademais, erros no preenchimento da planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado (§ 2º, art. 29-A, da Instrução Normativa nº 02/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento).
4. Inexiste no regramento editalício qualquer discriminação acerca dos valores destinados ao pagamento de combustível ou ao custo mensal despendido com os caminhões, de forma que tal omissão não pode resultar prejuízos aos concorrentes, até mesmo porque tais despesas encontram-se na órbita da gerência administrativa da proponente, não implicando qualquer reflexo no objeto da contratação.
5. Não é razoável a desclassificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (cerca de R\$ 22.000.000,00 - vinte e dois milhões de reais a menos, durante toda a vigência do contrato) decorrente de meros equívocos formais, tais como erro material verificado em uma única página, no campo que disciplina os custos com Bonificações e Despesas Indiretas (BDI), sendo que tal informação encontrava-se devidamente arrolada em outros documentos da proposta. A interpretação das regras do edital do procedimento licitatório não deve ser restritiva,



mas sim analisada de modo sistemático, a fim de buscar a finalidade da lei e evitar o excesso de formalismo. Precedentes dos Tribunais Estaduais. 6. Não pode a Administração dispensar a proposta que apresentou o menor preço, em conformidade com o instrumento convocatório, sem uma argumentação plausível, sob pena de gerar flagrante ofensa aos princípios da isonomia e do melhor interesse da Administração Pública. 7. Recurso provido para determinar a suspensão dos atos que levaram à desclassificação da empresa recorrente, impondo-se ao Município que, no prazo de 30 (trinta) dias, contrate cautelarmente a referida empresa para prestar os serviços, objetos do Edital de Licitação nº 005/2013, até o julgamento da lide, nos autos de origem, sob pena de multa de R\$ 50.000,00/dia até o limite de R\$ 1.000.000,00. Em suas razões, afirma que "há certas situações em que as circunstâncias da causa posta em juízo exigem a paralisação dos efeitos da decisão estadual ou regional antes mesmo de ela ser atacada pela via recursal extrema, posto que em alguns casos excepcionais a execução imediata da decisão impugnada poderá ter consequências irreversíveis ou de difícil reparação, de modo que o eventual êxito dos Recursos Especial e/ou Extraordinário restará, senão no todo, ao menos em parte prejudicados" (fls. 5/6). Nessa esteira, alega a impossibilidade de concessão de antecipação de tutela na hipótese dos autos, pois a reversibilidade é um dos pressupostos para a concessão da antecipação de tutela, e não estaria presente no caso. Além disso, é indispensável que o "fundado receio", previsto no art. 273 do CPC, seja concreto, atual e grave, circunstâncias não presentes na hipótese dos autos. Também aponta que a Lei 8.437/1992 veda a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Por fim, deduz que a manutenção dos efeitos do agravo de instrumento provido implica risco de dano inverso à Administração. Enfim, sustenta presentes os requisitos para o deferimento da presente medida cautelar, quais sejam, periculum in mora e fumus boni juris. Em consequência, formula pedido liminar para "atribuir efeito suspensivo até o julgamento dos EMBARGOS DECLARATÓRIOS assegurando a suspensão dos efeitos do acórdão proferido no julgamento do AI nº 0008525-56.2014.827.0000, bem como emprestando o mesmo efeito SUSPENSIVO até a interposição e julgamento do RECURSO ESPECIAL" (fl. 13). É o relatório. Decido. Extrai-se dos autos que o requerente insurge-se contra acórdão que deu provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão que havia indeferido pedido de tutela antecipada em ação ordinária e sobre o qual pende o julgamento de embargos de declaração. Assim, inexistente recurso especial admitido para viabilizar o acesso à jurisdição cautelar do Superior Tribunal de Justiça, eis que ainda não interposto, não sendo hipótese de competência originária ou recursal desta Corte Superior (art. 105 da CF). Sobre o tema, pela pertinência e singular clareza, merece transcrição as considerações tecidas pelo Min. Demócrito Reinaldo no



juízo de admissibilidade do recurso especial, com o intuito de evitar o julgamento do AgRg na MC 89/TO (Primeira Turma, DJ 19/12/1994): Ao conceder efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, cometer-se-ia algumas heresias jurídicas: a) emprestar-se-ia validade ao 'inexistente'; b) suspender-se-ia os efeitos do 'próprio acórdão' proferido pelo Tribunal, por via direta, também, ainda não existente, tornando difícil o cumprimento de decisão prolatada com esse objetivo; c) suprimir-se-ia uma instância, convertendo a Medida Cautelar em 'avocatória', eis que, se retiraria do Tribunal 'a quo' (pelo seu Presidente), a competência para, em primeiro juízo de admissibilidade admitir ou não o recurso especial que, porventura e 'ad futurum', fosse manifestado. Através de Cautelar, não se pode afrontar o princípio da autonomia das instâncias, princípio constitucional. Vale, pois repetir os fundamentos do despacho agravado: 'Deferir eficácia suspensiva a recurso 'inexistente' é juridicamente impossível, desde que, nem se sabe se o 'especial' virá a ser interposto e nem, acaso se concretize, se enfeixará os pressupostos de admissibilidade consignados na legislação de regência (e que terão de ser apreciados pelo juízo primeiro de admissibilidade). A outorga de efeito suspensivo a recurso especial só se justifica em circunstâncias excepcionais, constituindo requisito essencial ao seu deferimento, em linha de princípio, que tenha sido interposto, 'congruo tempore', e 'admitido' na instância de origem". Além disso, a ausência de recurso especial e, conseqüentemente, de juízo de admissibilidade na origem, conduz à incidência do óbice da súmula 634/STF, aplicável por analogia, in verbis : "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem". Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, do RISTJ, nego seguimento à medida cautelar. Intimem-se. Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2015. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES Relator Documento: 44707855 Despacho / Decisão - DJe: 25/02/2015



DOS PEDIDOS

Diante dos elementos acima expostos requeremos:

- 1) conhecer do recurso (juízo positivo de admissibilidade) e, no mérito, acolhê-lo, e, desse modo, reconsiderando sua decisão e revendo seus próprios atos para:
 - a) A classificar a proposta da empresa em epígrafe;

Piquet Carneiro, 10 de março de 2020

Francisco Rene Medeiros de Moraes
FRANCISCO RENE MEDEIROS DE MORAIS

Rep. Legal

