

À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO E PREGOEIRO

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA CAROLINE SEGAL VIEIRA PRESIDENTE DA CPL DA
PREFEITURA MUNICIPAL DE IBATIBA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - ES**

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 014/2023

TOMADA DE PREÇOS Nº 001/2023

Por meio desta, a **ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ nº 32.325.381/0001-75, situada em Córrego Ribeirão do Costa, s/n, Santo Antônio, Afonso Cláudio/ES e Cep: 29600-000, representada legalmente por **Patrik Lovo Zandonadi**, brasileiro, empresário, portador CPF sob o nº 110.664.227-96, vem apresentar:

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão da Comissão Permanente de Licitação em declarar **INABILITADA** a Recorrente, com fulcro nos argumentos a seguir referenciados.

- **DA TEMPESTIVIDADE**

Conforme aplicação do inciso I, do Art. 109 da Lei 8.666/93, cabe recurso administrativo no prazo de 5 (cinco) dias úteis da Lei 8.666/93 ao presente certame, bem como expressamente indicado no edital e na ata de sessão pública de abertura dos envelopes, julgamento dos documentos de habilitação.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.

- **PRELIMINARMENTE**

Inicialmente é de se ressaltar que a Tomada de Preços nº 001/2023, tem como objeto, a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de obras de engenharia geotécnica, com fornecimento de mão de obra, material e maquinário, para executar os serviços de terraplanagem e muro de contenção para construção da “Escola Agenor de Souza Lé em Criciúma, Ibatiba-ES”

Pois bem. Cabe ressaltar que a licitação sempre visa obter a melhor proposta, bem como a Administração Pública tem o dever de buscar o menor desembolso de recurso, fazendo nas melhores condições possíveis.

A douta Comissão julgou a **ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA** inabilitada sob o fundamento de que deixou de apresentar, Nota Explicativa.

O que podemos brevemente concluir é que houve de fato um equívoco, pois as exigências para a **DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA - FINANCEIRA**, foram devidamente cumpridas integralmente na forma da lei por parte da empresa e a ausência de “Nota Explicativa” não invalida a apresentação do Balanço Patrimonial e tão pouco desqualifica a empresa no cumprimento do item 8.4.5 do edital de licitação.

Alguns aspectos que iremos considerar em nosso recurso administrativo, comprovarão que nossa inabilitação não merece prosperar em face das argumentações que serão aqui expostas e corroborarão para que a Ilustre Comissão possa refazer seu julgamento em relação a inabilitação.

- **DA NOTA EXPLICATIVA JUNTO AO BALANÇO PATRIMONIAL - DECISÕES JUDICIAIS**

Importa destacar que a licitante apresentou seu balanço contábil conforme supracitado, adequadamente, seguindo as instruções normativas da Receita Federal,

todavia a comprovação dos índices dar-se-á pelo documento devidamente assinado pelo contabilista responsável, conforme apresentado pela recorrente/licitante.

Informamos que os indicadores exigidos, demonstram que a **ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA**, é uma empresa capaz de cumprir suas atividades, além de referir ao seu nível de liquidez, bem como a sua capacidade de honrar os seus compromissos, demonstrando a boa situação financeira da empresa.

Dessa forma, o fato de o balanço patrimonial não estar acompanhado de notas explicativas, não acarreta qualquer prejuízo ao certame, nem tampouco aos demais licitantes, já que a comprovação dos índices exigidos fora realizada, independentemente de notas explicativas através do balanço patrimonial apresentado pela licitante.

Vê-se pois, que a ausência das notas explicativas **não implica a presunção de inidoneidade da contabilidade da licitante, pois, vigora o princípio da instrumentalidade das formas quanto à qualificação econômico-financeira, bastando que os documentos prestados sejam suficientes para evidenciar a saúde financeira das empresas, como no presente caso foi demonstrado pela ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA.**

Quanto à obrigatoriedade das empresas elaborarem notas explicativas referentes às demonstrações contábeis, trata-se de conduta estabelecida pelo Conselho Federal de Contabilidade – CFC com vistas a exercer o poder fiscalizatório enquanto conselho profissional, com o intuito de melhoria da contabilidade nacional sendo portanto, realizadas através de normas infralegais.

Deste modo, o fato de não haver notas explicativas no balanço patrimonial de determinada licitante, tal fato, não se dá como suficiente para sua inabilitação.

Com a devida vênia, não cabe ao órgão licitador fiscalizar contabilidades, e sim, apenas aferi-las em comparação ao objeto. Já com relação à redação do edital, que solicita a apresentação do balanço patrimonial, é possível interpretar a redação, como o documento elaborado, em harmonia com o que a legislação prevê e o CFC normatiza.

Ademais, como explicado acima, a ausência da apresentação das notas explicativas não implica na conclusão de que a empresa não produza suas demonstrações na forma da lei.

Percebe-se no presente caso a excessivos rigores burocráticos, que sozinhos não seriam subsídios inabilitadores suficientes, para obter a desclassificação da empresa **ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA**, algo já combatido pela doutrina administrativa, onde como exemplo, podemos citar os ensinamentos do jurista administrativo Marçal Justen Filho, em seu livro Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos 11ª Edição de 2005, p. 60, manifestou-se:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. (...) Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais. Daí a advertência de Adilson de Abreu Dallari, para quem: “existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; (...) Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante.” Nesse panorama, deve-se interpretar a Lei e o Edital, como veiculando exigências instrumentais. A apresentação de documentos, o preenchimento de formulários, a elaboração das propostas não se constitui em condutas ritualísticas. Não se trata de verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se de modo mais conforme ao texto da lei. 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 adotada a estrita regulamentação originariamente imposta 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 divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à inviabilidade, à inabilitação ou à desclassificação.”

Deste modo, de posse dos documentos apresentados pela empresa quando da sua habilitação, não se pode tirar outra conclusão se não a de que **a empresa conseguiu demonstrar claramente a comprovação de sua capacidade econômica por meio dos documentos apresentados.**

Cabe notar Ilustre Comissão que, a pretensão do presente petítório não é defender que as regras previstas em edital não devem ser seguidas, **mas há que se diferenciar documentos que habilitem a empresa frente a documentos que nada implicam no balanço e na saúde financeira da empresa. Isso porque, as notas explicativas não têm a função de alterar valores do balanço patrimonial.**

Neste ponto, o argumento utilizado na decisão tomada pela Comissão permanente de Licitação em Inabilitar esta recorrente, alegando a ausência das “notas explicativas” junto ao Balanço Patrimonial, se reveste de formalismo excessivo.

Diante de todo exposto, importantíssimo apresentar neste momento, decisões, julgados recentes sobre o tema, vejamos:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA, TENDO POR OBJETO CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PARA OBRA DE IMPLANTAÇÃO DE REDE COLETORA DE ESGOTO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. INABILITAÇÃO PELA NÃO APRESENTAÇÃO DE NOTAS EXPLICATIVAS. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM EDITAL. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 4ª C. Cível - XXXXX-41.2020.8.16.0112 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Desembargador Abraham Lincoln Calixto - J. 08.03.2021)

(TJ-PR - SS: XXXXX20208160112 PR XXXXX-41.2020.8.16.0112 (Acórdão), Relator: Desembargador Abraham Lincoln Calixto, Data de Julgamento: 08/03/2021, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 14/03/2021)

“(..) Com efeito, de acordo com o referido princípio, tanto os licitantes, quanto a Administração Pública devem observar, estritamente, as normas e condições previamente definidas. Trata-se da máxima segundo a qual o edital ostenta natureza de lei interna do certame. Acerca do referido princípio, revelam-se oportunos os ensinamentos de FABRÍCIO MOTTA: “[...] O edital é ato normativo editado pela Administração Pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício da competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos, que dele não podem se afastar (...)”. (in CONCURSO PÚBLICO E CONSTITUIÇÃO, editora Fórum, 2005, p.144). No caso, os dispositivos citados pelos impetrados – artigo 26 da NBC TG 26 e do item 3.17 da **Resolução CFC 1255/2009 – são infralegais, e o edital do certame não dispôs com clareza que as notas explicativas integrariam a**

demonstração contábil. Ora, se há normas de natureza técnica que deveriam constar na proposta do licitante, haveriam elas de estar dispostas no instrumento convocatório, o que não ocorreu. Em outras palavras, não poderia o concorrente ser desclassificado por não atender normas técnicas infralegais, quando o próprio edital não expressamente estabelece quais são. Decorre daí, então, a violação ao direito líquido e certo da impetrante, uma vez que a autoridade coatora o desclassificou do certame com base em exigências não previstas no edital.

(...)

O ato administrativo, no caso dos autos, violou o princípio da vinculação ao instrumento licitatório, previsto na Lei de Licitações. Inicialmente, a autora foi tida como habilitada, tendo sido sua documentação avaliada pela comissão. Veja:[...]Somente após referido recurso é que a autarquia mudou o seu entendimento, aquele que vinha aplicando aos editais idênticos, em processos licitatórios anteriores. Ora, em que pese a Administração poder revisar o mérito do ato administrativo, dado seu poder de autotutela, a mesma situação, ocorrida no edital nº 01/2019, quando houve redação idêntica ao edital discutido nos autos e não se exigiu as notas explicativas, mostra o caráter desarrazoado da medida de inabilitação da impetrante neste momento, quando não havia expressa previsão da sua necessidade no edital. Sublinho que o edital apenas previa a apresentação da documentação nos termos da lei, não especificando se deveriam ser considerados atos e normativas infralegais.[...]Em nenhum momento, questionou-se a regularidade do balanço patrimonial da parte impetrante, posto que, na realidade, sua inabilitação decorreu tão somente da ausência de apresentação das notas explicativas, conjuntamente com o balanço patrimonial. De fato, não há previsão expressa no item 5.2.3 do edital para apresentação de tal documento. O edital se limita a informar que a apresentação deveria ocorrer na forma da lei, o que, em profunda análise, demonstra que os atos infra legais não estão abarcados. Não se mostra razoável e proporcional o excesso de formalismo no que tange à exigência de apresentação das \"notas explicativas\", posto que tal documento contábil não tem o condão de demonstrar a qualificação econômico-financeira da empresa, mas de tão somente esclarecer a forma de realização do balanço patrimonial (..). O artigo 26 da NBC TG 26 e o item 3.17 da Resolução CFC 1255/2009 são atos infra legais e o edital do certame não dispôs com clareza que as notas explicativas integrariam a demonstração contábil. Assim, a cobrança delas viola o princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, de modo que fere o direito líquido e certo do impetrante.” (grifo nosso)

(...)

VOTO Nº 22997 AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 2114453-08.2022.8.26.0000 LORENA AGRAVANTE: ORLA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS EIRELI AGRAVADA: DALEN SUPRIMENTOS PARA

INFORMÁTICA E PAPELARIA EIRELI INTERESSADOS: MUNICÍPIO DE LORENA E SYLVIO BALLERINI Juiz de 1ª Instância: Valdir Marins Alves Agravo de Instrumento Mandado de Segurança Licitação Município de Lorena Decisão agravada que acolheu o pedido liminar para afastar a exigência de apresentação de notas explicativas e, assim, declarar a nulidade do ato administrativo que inabilitou a impetrante, ora agravada Irregularidade da exigência editalícia de apresentação de notas explicativas do balanço contábil Inteligência do artigo 31, inciso I, da Lei 8.666/93 Precedentes Decisão mantida Recurso não provido. (grifo nosso)

(...)

“De início, conforme já constatado em sede de cognição sumária, não se verifica, ao menos nesta fase processual inicial, a suscitada ausência do interesse de agir da impetrante, ora agravada, principalmente porque a exigência, no edital, de apresentação de notas explicativas não constitui apenas formalismo excessivo, mas sim exigência ilegal, pois em desacordo com a Lei nº 8.666/93, de maneira que o encerramento do processo licitatório não impede o manejo de ação que questione o ato de inabilitação praticado com base em exigência ilegal. De fato, o artigo 31, inciso I, da Lei nº 8.666/93 determina que a comprovação da qualificação econômico-financeira se limitará, dentre outros documentos, à exigência de apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social: Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; (...)” (grifo nosso)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Mandado de segurança Decisão interlocutória que deferiu pedido liminar de suspensão de decisão administrativa que inabilitou a impetrante em licitação Irresignação Edital exige apresentação de notas explicativas que acompanhem o balanço patrimonial para fins de apuração da qualificação econômico-financeira dos licitantes Requisito não previsto no art. 31, inciso I, da Lei nº 8.666/93 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório não deve prevalecer diante de exigência não prevista em lei Precedente desta E. Corte Manutenção da r. decisão Não provimento do recurso interposto. (TJSP 1ª Câmara de Direito Público Rel. Marcos Pimentel Tamassia Agravo de Instrumento nº 2103154-39.2019.8.26.0000 J. 01.07.2019). APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA LICITAÇÃO Inabilitação em qualificação econômico financeira por ausência de apresentação de notas explicativas aos balanços patrimoniais e demonstrações contábeis Ilegalidade Exigência não contida no art. 31, I, da Lei nº 8.666/93 Precedentes Sentença de improcedência reformada

Concessão da segurança Apelação provida. (TJSP 4ª Câmara de Direito Público Rel. Ana Liarte Apelação Cível nº 1003330-58.2020.8.26.0625 J. 05.08.2021). Mandado de segurança. Licitação. Exigência do edital de apresentação de notas explicativas do balanço contábil excessiva à luz do art. 31, inciso I, da Lei das Licitações e Contratos Administrativos. Concessão da segurança mantida. Reexame necessário improvido. (TJSP 4ª Câmara de Direito Público Rel. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal Remessa Necessária Cível nº 1006879-13.2019.8.26.0625 J. 14.07.2020).

Mandado de Segurança Licitação Empresa considerada inabilitada por desatendimento dos itens do edital atinentes a qualificação técnica e econômicofinanceira Vínculo do profissional técnico responsável pela execução do contrato bem demonstrado, ainda que não se ajuste à literalidade dos itens 5.1.4.3 e 5.1.4.4 do edital Rigor excessivo Inabilitação pela ausência de registro das notas explicativas que se resente de fundamentação Administração que sequer recorreu da liminar concedida, nem contrariou a pretensão da impetrante Segurança concedida pelo Juízo Recurso oficial desprovido. (TJSP 2ª Câmara de Direito Público Rel. Luciana Bresciani Remessa Necessária Cível nº 1017193-86.2017.8.26.0625 J. 18.01.2019).” (grifo nosso)

Número: XXXXX-19.2021.8.08.0013 Classe: MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL Órgão julgador: Castelo - 1a Vara Última distribuição: 09/09/2021

Valor da causa: R\$ 1.100,00 Assuntos: Adjudicação Segredo de justiça? NÃO Justiça gratuita? NÃO Pedido de liminar ou antecipação de tutela? SIM Partes Procurador/Terceiro vinculado CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA - ELIZANDRO DE CARVALHO (ADVOGADO) EPP (IMPETRANTE) MUNICIPIO DE CASTELO - ES (IMPETRADO) Neila Bissoli (IMPETRADO) João Paulo Silva Nali (IMPETRADO) Cleidiano Alochio Coaioto (IMPETRADO) MUNICIPIO DE CASTELO (TERCEIRO INTERESSADO) Documentos Id. Data da Documento Tipo Assinatura 90604 10/09/2021 16:57 Decisão - Mandado Decisão-Mandado 11 ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PODER JUDICIÁRIO Juízo de Castelo - 1a Vara AV. NOSSA SENHORA DA PENHA, 120, Fórum Alonso Fernandes de Oliveira, CENTRO, CASTELO - ES - CEP: 29360-000 Telefone:(28) 35422850 Número do Processo: XXXXX-19.2021.8.08.0013

IMPETRANTE: CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA - EPP Advogado do (a) IMPETRANTE: ELIZANDRO DE CARVALHO - SP194835 IMPETRADO: João Paulo Silva Nali Endereço: Avenida Nossa Senhora da, 103, centro, CASTELO - ES - CEP: 29360-000 IMPETRADA: Neila Bissoli Endereço: Avenida Nossa Senhora da, 103, centro, CASTELO - ES - CEP: 29360-000 IMPETRADO: Cleidiano Alochio Coaioto Endereço: Avenida Nossa Senhora da, 103, centro, CASTELO - ES - CEP: 29360-000

DECISÃO/MANDADO

“De acordo com o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

No caso dos autos, a impetrante pleiteia o deferimento de medida liminar para determinar a suspensão do Pregão Presencial nº 001/2021, a fim de evitar que seja concluído o ato administrativo manifestamente ilegal. A análise, portanto, dentro dos princípios que regem a espécie, limita-se à legalidade da inabilitação da impetrante no procedimento licitatório na modalidade pregão presencial. O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não podendo ser descumprido pela Administração e devendo ser observado por todos os licitantes, para que concorram em igualdade de condições.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, "o princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei nº 8.666" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 500).

Através de uma análise sumária dos autos, neste primeiro momento, **entendo que o ato da autoridade coatora de inabilitação da impetrante sob o argumento de que deveria ter apresentado as demonstrações contábeis em conformidade com a CFC nº 1418/2012 e a ITG 1000, bem como sob o fundamento de que não atendeu à Cláusula 11.7.2 - "Qualificação Econômico-Financeira do Edital do Pregão Presencial nº 001/2021, por não ter apresentado o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis na forma da lei, pela ausência de demonstração dos valores do exercício anterior e do exercício atual", configura violação ao Princípio da Legalidade e da Vinculação ao Edital, que, conforme salientado, é a lei do certame, vinculando a Administração Pública e todos os participantes, uma vez que na Cláusula 11.7.2 é exigido de forma geral o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, o que, em tese, fora cumprido pela impetrante**, conforme documento de ID XXXXX.

Com relação às demonstrações contábeis em conformidade com a CFC nº 1418/2012 e a ITG 1000, não consta do edital tais exigências, constando, apenas a exigência quanto ao Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 31, I, exige para comprovação da qualificação econômico-financeira o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei. (...)

A impetrante, conforme se depreende dos documentos juntados (ID XXXXX), apresentou, a título de comprovação da qualificação econômico-financeira, o último balanço patrimonial, do período de 01/01/2020 a 31/12/2020, com termo de abertura e encerramento, cumprindo, ao que tudo indica, os termos do edital quanto a esse requisito.

Dessa forma, mantendo a decisão que inabilitou a impetrante do certame, estar-se-ia indo de encontro ao princípio da proporcionalidade, já que não se mostra adequado inabilitar empresa que, embora tenha apresentado a proposta mais vantajosa, não apresentou as demonstrações contábeis em conformidade com a CFC nº 1418/2012 e a ITG 1000, cuja exigência supera aquela inserta no artigo 31 da Lei nº 8.666/93.

Isso posto, **DEFIRO A MEDIDA LIMINAR, PARA DETERMINAR À AUTORIDADE COATORA QUE SUSPENDA IMEDIATAMENTE O PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2021, BEM COMO TODOS OS ATOS ADMINISTRATIVOS TENDENTES A CONTRATAÇÃO DA EMPRESA DECLARADA VENCEDORA, PRESERVANDO O DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE CONVÊNIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA EPP EM SER DECLARADA HABILITADA PARA A PRÓXIMA FASE DO CERTAME, ATÉ ULTERIOR DECISÃO DESTE JUÍZO.** Intimem-se. Notifiquem-se os impetrados para, no prazo legal, prestarem as informações devidas. Serve a presente decisão como mandado. Após, abra-se vista ao Ministério Público. Diligencie-se urgente.” (grifo nosso)

Assim sendo, em que pese a empresa não ter apresentado notas explicativas, verifica-se por meio de inúmeras decisões, que referidas notas não desqualificam o atendimento do edital, bem como toda documentação apresentada resta devidamente comprovada a capacidade econômica e financeira da empresa **ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA.**

- **DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO - RAZOABILIDADE NAS REGRAS DO EDITAL - EXCESSO DE FORMALISMO.**

A finalidade da licitação, como referido é a de viabilizar a escolha da proposta mais vantajosa, o que deve ser ponderado em contraponto ao rigorismo exacerbado e preciosismos no julgamento.

É pois notável que o objetivo da licitação é o melhor preço para a administração pública, de forma que se apegar a formalismos exacerbados dificultam a

execução contratual e vão contra o interesse do próprio ente público. A doutrina é ampla no sentido de nortear o procedimento administrativo com vistas ao melhor resultado quando o assunto é licitações.

Nesse sentido, corrobora a jurisprudência sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PERDA DE OBJETO. NÃO CONFIGURAÇÃO. MERA IRREGULARIDADE FORMAL. DOCUMENTO APRESENTADO SEM ASSINATURA DO RESPONSÁVEL PELA EMPRESA. INTERESSE PÚBLICO. (...). A apresentação de documento sem assinatura do responsável pela empresa configura mera irregularidade formal, não sendo apto a gerar sua desclassificação em pregão presencial. **O procedimento de licitação, embora esteja vinculado ao edital de convocação, deve zelar pelo interesse público, garantindo maior competitividade possível aos concorrentes.** Precedentes desta Corte. Equívoco que poderia ter sido sanado quando da abertura dos envelopes, uma vez que o representante se fazia presente ao ato e poderia confirmar a autenticidade do documento por ele apresentado. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA. (TJRS, Apelação / Remessa Necessária 70078093887, Relator(a): Marcelo Bandeira Pereira, Vigésima Primeira Câmara Cível, Julgado em: 22/08/2018, Publicado em: 29/08/2018, #53288946)

Ademais, considerando que a finalidade da licitação pública de obtenção da melhor proposta é atingida com a recorrente, há grave inobservância ao princípio da **RAZOABILIDADE** e **PROPORCIONALIDADE** com a sua exclusão, conforme destaca a doutrina:

*"Os princípios da **razoabilidade** e da **proporcionalidade**, que se inter-relacionam, cuidam da necessidade de o administrador aplicar medidas adequadas aos objetivos a serem alcançados. De fato, os efeitos e consequências do ato administrativo adotado devem ser proporcionais ao fim visado pela Administração, sem trazer prejuízo desnecessário aos direitos dos indivíduos envolvidos e à coletividade."* (SOUSA, Alice Ribeiro de. *Processo Administrativo do concurso público*. JHMIZUNO. p. 74)

Diante desse panorama, não se pode permitir que por **excesso de formalidade** uma empresa qualificada, com a saúde financeira estável, conforme demonstrado em toda a qualificação econômica ao cumprimento do objeto editalício, seja desclassificada por irregularidade formal, em grave afronta ao princípio da

SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Inicialmente vale destacar o entendimento doutrinário, segundo RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, sobre a formalidade dos processos licitatórios, vejamos:

“É oportuno ressaltar que o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo. Não se pode perder de vista que a licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: celebração do contrato com o licitante que apresentou a melhor proposta. Por esta razão, a legislação tem flexibilizado algumas exigências formais, que não colocam em risco a isonomia, com o intuito de garantir maior competitividade. Exemplos: quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar prazo para que os licitantes apresentem nova documentação ou outras propostas (art. 48, § 3.º, da Lei 8.666/1993); nas licitações para formalização de PPPs, o edital pode prever a “possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório” (art. 12, IV, da Lei 11.079/2004); as microempresas e empresas de pequeno porte podem corrigir falhas nos documentos de regularidade fiscal (art. 43, § 1.º, da LC 123/2006) etc. (2015, p. 173)”

Deste modo, existe a definição legal em relação a formalidade exigida nos processos administrativos, contudo, tal requisito não pode ser excessivo, pois assim, se desvirtua de seu principal objetivo.

Seguindo esta compreensão, a lição de VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA adequa-se ao presente caso perfeitamente, vejamos:

“O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo. (2000, p. 168).”

Ora, a recorrente apresentou o seu balanço patrimonial de acordo com o estabelecido no edital de convocação, demonstrando claramente a comprovação de sua capacidade econômica por meios dos documentos apresentados.

A formalidade na análise dos documentos numa licitação, apesar de necessária para o bom funcionamento da administração pública, não pode ser colocada à frente da razoabilidade e da proporcionalidade, que também são princípios básicos que devem nortear as ações estatais.

O Princípio da Razoabilidade trata de impor limites à discricionariedade administrativa, ampliando o âmbito de apreciação do ato administrativo. Estabelece que os atos da administração pública no exercício de atos discricionários devem atuar de forma racional, sensata e coerente.

Diogo Moreira Neto, ao tratar deste princípio explica que:

“O que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos. (Legitimidade e Discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989).”

Deve-se evitar o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas. Tal formalismo necessário é importante ao procedimento, contudo, o que não se pode admitir é que decisões com rigorismos exacerbados, causem prejuízo à Administração Pública.

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”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Podium, 2009, p. 50).”

A conduta administrativa têm a finalidade de ser dotados de razoabilidade, proporcionalidade e justiça, não necessariamente de rigor formalista, tendo em vista que os princípios da Lei 8.666/93, que regula as licitações.

Necessário se faz um paralelo entre a burocracia exacerbada e o princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que o apego excessivo ao formalismo destoa da função principal da Administração Pública.

Dessa forma, a rigidez formalista quando contraposta a “vantajosidade” pode desconstituir a finalidade primaz de qualquer norma do sistema jurídico, qual seja o bem comum. Marçal Justen Filho contribui para o tema, vejamos:

“A vantajosidade abrange a economicidade, que é uma manifestação do dever de eficiência”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 64).”

Portanto, considerando todo o exposto a empresa tende perfeitamente a qualificação técnica e dispõe habilitação jurídica conforme os objetivos lançados no edital.

• DO VÍNCULO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O princípio do vínculo ao instrumento convocatório materializa o princípio da legalidade no processo licitatório.

A observância ao edital efetiva o princípio inscrito dentre os demais princípios que regem a Administração Pública, disposto no caput do artigo 37 da Carta Magna:

Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).*

O princípio da legalidade é a base de todos os demais princípios, uma vez que instrui, limita e vincula as atividades administrativas, conforme refere Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato

inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'."(in Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 27ª ed., p. 86),

No mesmo sentido, leciona Diógenes Gasparini:

"O Princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situação excepcional (grande perturbação da ordem, guerra)" (in GASPARI, Diógenes, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, SP, 1989, p.06)

Dessa forma, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, vejamos:

"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 sustentável 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.

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

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; (grifo nosso). Assim, trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.”

Ou seja, reforçamos o ponto de que o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade deste último.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 299). (Grifo nosso).

Diante desse intento, quando a Administração estabelece no edital as condições para participar da licitação, estipulando a relação de documentos a serem apresentados, a exigência de documentos que não conste no rol previamente estabelecidos, burlados estão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital, está sendo prejudicado por se preparar antecipadamente.

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados, onde as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos.

Como visto, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos

princípios administrativos, preceitua que o prazo concedido deve ser nos exatos termos das regras previamente estipuladas.

As lições de Fernanda Marinela, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório leva à assertiva de que o edital é a lei interna da licitação

Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. O instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei. MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264. (Grifo nosso).

A vinculação da Administração aos estritos termos do edital de convocação da licitação é exigência expressa do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, sendo que esse artigo veda à Administração o descumprimento das normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

O professor Marçal Justen Filho ensina que:

“o edital tem que ser claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias. Não é admissível transformar a licitação em uma espécie de prova de habilidade, recheada de armadilhas e exigências ocultas. Não é cabível a simples repetição das expressões legislativas, para que o licitante descubra o que, no caso concreto, a Administração pretende. Aplicam-se, aqui, os comentários expostos a propósito da questão da ‘regularidade fiscal’ (art. 29).” (COMENTÁRIOS A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Dialética, 8ª Edição, pg 399).

Cita-se, pela pertinência, o seguinte julgado do TCU no Acórdão nº 1.474/2008,

Plenário:

“o edital da licitação deve ser claro e objetivo, de modo que se possa, de maneira direta e sem maiores esforços interpretativos, compreender os critérios e as exigências nele postas, conforme expressa disposição da Lei n. 8.666/1993.”

Assim sendo, fica claro que de nenhuma forma, o edital poderá conter cláusulas ou exigências que dificultem a participação de um licitante ou que sejam conflitantes e que o induzam ao erro.

É pois notável que, se o próprio edital estabelece que o balanço patrimonial é o documento adequado para comprovar a capacidade econômico-financeira, e se as exigências editalícias possuem vinculação em todo o tramite licitatório, entendemos como questionável a solicitação de documentos em descompasso ao edital publicado.

Ademais, cumpre ressaltar o Art. 31 da Lei 8.666/93 estabelece:

“Art.31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á:

- balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1o do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1o A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2o A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1o do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3o O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4o Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade

operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada está em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5o A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.”

Face a tais constatações do referido dispositivo, note-se que o legislador limitou a avaliação da qualificação econômica e financeira, de modo que em compasso com o §5º do Art. 31 a comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através de cálculo de índices contábeis previstos no edital.

Importante destacar que, em decisões já citadas no presente recurso, tais normas que exigem “notas explicativas,” tratam-se **de normas infralegais**, indo em desconformidade ao exigido pelo edital e pelo artigo 31 da Lei 8666/93.

Por esse conceito, é possível concluir que não cabe impor ao licitante documentos não previstos no edital, visto que deve haver em todo o processo a vinculação ao instrumento convocatório, sob pena de afronta ao próprio princípio da segurança jurídica. Do contrário, seriam permitidas inúmeras alterações dos critérios definidos no edital e da própria execução de seu objeto, perpetuando-se total insegurança de seus termos.

Assim sendo, a licitante **ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA**, apresentou todos os documentos pertinentes a **QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA** conforme determina a lei de licitações e de acordo com o exigido no edital do presente certame, sendo injusta e incoerente a sua inabilitação.

- **DOS PEDIDOS:**

Diante ao exposto, **REQUER** que seja recebido o presente recurso, e julgado totalmente procedente, como de rigor admita-se a **HABILITAÇÃO da empresa ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA**, na Tomada Preços, tendo em vista que fora apresentado todos os documentos elencados para a **QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA**, dentro dos padrões que a lei de licitação exige e de acordo com

instrumento convocatório, não sendo justa a decisão que gerou a Inabilitação da referida, ora recorrente.

Por fim, esperamos que a justiça e a serenidade prevaleçam no julgamento do mérito através da Ilustre Comissão Permanente de Licitação.

Não alterando a decisão, **requer o imediato encaminhamento à Autoridade Superior para que seja reapreciado.**

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Ibatiba/ES, 20 de abril de 2023.

ZANDONADI TERRAPLENAGEM LTDA
Representante Legal
Patrik Lovo Zandonadi