



**VALADÃO DE ANDRADE**  
— ADVOGADOS E ASSOCIADOS —

JOSÉ ARILO VALADÃO DE ANDRADE  
OAB-ES 15.450  
MÔNICA BICALHO BOECHAT CUSTÓDIO  
OAB-ES 17.340  
RICARDO VASCONCELOS CORDEIRO  
OAB-ES 20.873  
RUBIA AGUM PEREIRA MUCELINI  
OAB-ES 26.390

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS,**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 006.944/2021**

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 031/2021**

**R2 DISTRIBUIDORA LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ de nº 08.715.122/0001-76, Rua Professor Luiz Siqueira, Barra do Itapemirim, Marataízes, ES, CEP 29.345-000, representada por seu sócio administrador, **RAMON RISPIRI VIANNA**, inscrito no CPF de nº 123.296.517-08, residente e domiciliado na Av. Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, s/nº, Village do Sol, Guarapari, ES, CEP 29.226-685, comparece, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal c/c art. 41, §1º, da Lei nº 8.666/1993 e art. 4º, XVIII da Lei 10.520/2002 c/c art. 26 do Decreto 5.450/2005, para interpor:

### **RECURSO ADMINISTRATIVO**

contra decisão do Pregoeiro que desclassificou a proposta da licitante sob o fundamento de que a amostra foi recusada, por não atender as especificações do edital, conforme relatório de avaliação da amostra, fazendo-o mediante os fatos e fundamentos seguintes:

#### **1. DOS FATOS JURÍDICOS**

A empresa licitante credenciou-se no procedimento licitatório tombado sob o número **006.944/2021** cujo objeto consiste no registro de preço para eventual fornecimento de kit merenda em casa, para atendimento aos alunos pertencentes à rede municipal de ensino, visando garantir a subsistência alimentar dos mesmos, durante o período epidêmico que se alastra no país por força do vírus denominado “coronavírus – covid 19”.

1



Atendendo a todas as condições exigidas no instrumento convocatório, a licitante apresentou toda a documentação relativa a proposta, bem como, após a face de lances, sucessivamente, a documentação necessária a habilitação, por ter apresentado menor preço. Assim, a recorrente foi convocada para apresentar a amostra. Contudo, foi reprovada no teste sob o argumento, segundo o qual: **i)** a licitante não apresentou a marca cotada na proposta comercial; **ii)** o produto não atendeu a especificação do objeto quanto ao fubá tipo mimoso.

Inconformada com a decisão, portanto, a recorrente, tempestivamente, apresenta motivadamente sua intenção de recorrer, juntando, agora, suas razões de recurso.

## 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Marçal Justen Filho pontifica que amostra constitui uma manifestação concreta da proposta formulada. Nesse sentido, a amostra torna-se parte integrante da proposta, cuja sua reprovação equivalerá à desclassificação da proposta.<sup>1</sup> A licitante foi desclassificada exatamente porque foi reprovada no teste da amostra. A licitante foi desclassificada exatamente porque foi reprovada no teste da amostra, pois, segundo Relatório de Avaliação de Amostra: **i)** a licitante não apresentou a marca cotada na proposta comercial; **ii)** o produto não atendeu a especificação do objeto quanto ao fubá tipo mimoso.

A decisão do pregoeiro, contudo, não entoa a razão. Aos argumentos pois:

### **2.1. Da ilegalidade da restrição da competitividade por excesso de formalismo. Produto entregue na amostra idêntico ao cotado na proposta comercial. Erro de terminologia para designar mesmo produto. Possibilidade de saneamento.**

O produto cotado na proposta comercial é registrado no GTIN<sup>2</sup> sob denominação “FUBA MIMOSO NORTE”, no entanto, na proposta comercial foi indicado,

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários a legislação do pregão comum e eletrônico*. 5ª Ed. Dialética: São Paulo, 2009, p. 133.

<sup>2</sup> O GTIN, sigla de “Global Trade Item Number” é um identificador para itens comerciais desenvolvido e controlado pela GS1, antiga EAN/UCC. Os GTINs, anteriormente chamados de códigos EAN, são atribuídos para qualquer item (produto ou serviço) que pode ser precificado, pedido ou faturado em qualquer ponto da cadeia de suprimentos. O GTIN é utilizado para recuperar informação pré-definida e abrange desde as matérias primas até produtos acabados. GTIN é um termo “guarda-chuva” para descrever toda a família de identificação das estruturas de dados GS1 para itens comerciais (produtos e serviços). Os GTINs podem ter o tamanho de 8, 12, 13 ou 14 dígitos e podem ser construídos utilizando qualquer uma das quatro estruturas de numeração dependendo da

apenas por erro formal, fubá mimoso, enquanto na amostra foi consignado a entrega do produto da marca Norte. A toda evidencia, trata-se do mesmo produto, pois, a mercadoria no mercado é conhecida como "FUBA MIMOSO NORTE". Eventual equívoco no preenchimento da marca do produto na proposta comercial não desnatura a amostra em si, vez que substancialmente é mesmo produto da mesma marca.

O erro na terminologia adotada na proposta comercial para se referir ao produto da marca mimoso norte entregue na amostra, sem que tenha sido adotada procedimento para esclarecer o erro pela Administração, torna nula a desclassificação, sobretudo, por ser erro formal sem prejuízo para conteúdo da proposta:

**1. É nula a desclassificação de licitantes induzidos a erro pelo uso de terminologia incorreta na definição de exigência do edital, sem que tenham sido efetuados procedimentos para esclarecer o erro ou suprir as informações requeridas.**

Representação formulada por escritório de advocacia apontara possíveis irregularidades em licitação promovida pela Celg Distribuição S.A., tendo por objeto a contratação de serviços advocatícios, nas áreas cível, trabalhista, tributária, previdenciária e ambiental. Em síntese, alegara a representante que "teve sua proposta técnica desclassificada e recurso administrativo indeferido em 31/8/2015, por não ter apresentado cópia do contrato social e de suas alterações". Segundo a representante, "haveria ilegalidade no ato de sua desclassificação, em razão de flagrante erro de terminologia no edital, pois o teor do aludido dispositivo fazia menção a 'estatuto social', em vez de a 'contrato social'". Ademais, acrescentara, a exigência seria desnecessária, "uma vez que o pretendido contrato social já compunha o conteúdo da documentação fornecida na fase de habilitação (Invólucro I), de acordo com o item 8.4.1 do edital". Realizada a oitiva da estatal, a unidade instrutiva verificou incoerência na ação administrativa, na medida em que "a representada exigiu dos licitantes uma flexibilização da interpretação sobre o conceito formal do documento exigido no Anexo V do edital, alínea 'A', item 5, que deveriam tomar 'estatuto social' por 'contrato social', mesmo que este último já tenha sido fornecido na etapa anterior do certame, porém atuou com a mais estreita formalidade no ato de desclassificação daquelas que não perfilaram o mesmo entendimento sobre a exigência contida no dispositivo, se abstendo de recorrer a meios alternativos, previstos na Lei de Licitações e na jurisprudência deste Tribunal, para sanar a falta". Nesse sentido, o relator entendeu que foram equivocados os atos de desclassificação dos licitantes, vez que, como registrara a unidade instrutiva, "ao se tomar 'contrato social' por 'estatuto social' não está caracterizado mero erro de terminologia, passível de ser reparado mediante a exegese do concorrente com relação às intenções almejadas pela comissão licitante. Tal atitude interpretativa, que a comissão licitante considerou exigível com relação aos concorrentes, constitui em ato contraditório aos próprios princípios por ela defendidos. Trata-se de erro formal crasso, porquanto são conceitos jurídico-formais distintos, cada qual

aplicação. O GTIN-8 é codificado no código de barras EAN-8. O GTIN-12 é mais utilizado no código de barras UPC-A, o GTIN-13 é codificado no EAN-13 e o GTIN-14 no ITF-14.

*aplicando-se a pessoas jurídicas de natureza diversa. Não se pode considerar que o erro conceitual, portanto de forma, ficou sanado com a ausência de impugnação específica do edital. O erro permaneceu e acabou vinculando o licitante com relação a um documento formal impossível de ser apresentado, porquanto escritório de advocacia não possui estatuto social e sim contrato social. Se alguns licitantes, por um lado, tiveram a iniciativa de suplantar o erro formal e apresentar o documento aplicável à espécie, os licitantes que não o fizeram, por outro lado, não podem ser penalizados, porquanto não subsiste vínculo jurídico, em sentido estrito, com relação a um procedimento formal impossível de ser cumprido". Diante disso, o Plenário, acatando a proposta do relator, julgou procedente a Representação, fixando prazo para que a Celg Distribuição S.A. "adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de desconstituir os atos de desclassificação dos concorrentes, os quais tiveram como motivo o fato de não terem estes apresentado o contrato social em razão da exigência disposta no Anexo V alínea 'A', item 5, referente ao conteúdo da proposta técnica (Invólucro II), do edital da Concorrência DA-SPLC-2.0003/14-PR, abrindo-lhes nova oportunidade para atendimento do referido quesito, e podendo, assim, prosseguir com o certame". Acórdão 2972/2015-Plenário, TC 026.309/2015-7, relator Ministro José Múcio Monteiro, 18.11.2015.*

O erro na terminologia da marca na proposta comercial não altera absolutamente e/ou substancialmente o conteúdo do produto apresentado na amostra, nem o teor da Proposta Comercial. A desclassificação por esse motivo se mostra viciada por formalismo excessivo da Comissão de Licitação. A aplicação das regras contidas no instrumento convocatório e da lei aplicável não se traduz em mera atividade mecânica. É necessário compreender o objetivo das regras estipuladas e aplica-las em benefício do interesse público. Esse é exatamente o caso dos autos. A pretexto de cumprir o Edital, a Comissão de Licitação acabou por excluir a análise de uma proposta **MAIS VANTAJOSA DO CERTAME**, vedando a Administração Pública o seu mero conhecimento por um rigorismo excessivo e injustificável. A respeito já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal – STF. Nesse sentido:

O vício, reconhecidamente praticado pela ora recorrida, embora reflita desobediência ao edital, consubstanciada tão somente irregularidade formal, incapaz de conduzir à desclassificação de sua proposta. Se de fato o edital é a "lei interna" da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto, tal qual toda a norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado o seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados. (RO em MS 23.714-1 DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 13.10.00)

O Superior Tribunal de Justiça, segue essa linha, conforme vazado no julgado a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida. (MS 5.869/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11.09.2002, DJ 07.10.2002 p. 163)

O presente entendimento se coaduna com a interpretação dada pela doutrina especializada, para quem:

Significa que o critério para decisão de cada fase deve ser a vantagem da Administração. Isso acarreta a irrelevância do puro e simples 'formalismo' do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. O formalismo do procedimento licitatório encontra o conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa. Assim, a série formal de atos se estrutura e se orienta pelo fim objetivado. Ademais, será nulo o procedimento licitatório quando qualquer fase não for concretamente orientada para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. ps. 65/66 e 77/78)

A licitação tem por finalidade selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (com aferição da capacidade do ofertante para cumpri-la) e garantir igualdade de tratamento aos interessados em disputar os negócios que ela pretenda realizar. As normas do procedimento licitatório, portanto, estão voltadas à satisfação desses propósitos. O formalismo, é bem verdade, faz parte da licitação, e nela tem seu papel. Mas nem por isso a licitação pode ser transformada em uma cerimônia, na qual o que importa são as fórmulas sagradas, e não a substância da coisa. (SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. Licitação para concessão do serviço móvel celular. Zênite. ILC nº 49 - março/98. p. 204.)

[...] não se pode imaginar a licitação como um conjunto de formalidades desvinculadas de seus fins. A licitação não é um jogo, em que se pode naturalmente ganhar ou perder em virtude de milimétrico desvio em relação ao alvo - risco que constitui a própria essência, e graça, dos esportes. (SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. Licitação para concessão do serviço móvel celular. Zênite. ILC nº 49 - março/98. p. 204.)

[...] a orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados.

(...) Procedimento formal, entretanto, não se confunde com 'formalismo', que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 274.)

[...] Auspicioso aperfeiçoamento vem avançando no quadro normativo e na jurisprudência dos tribunais de contas quanto à possibilidade de admitir-se o suprimento de documentos de habilitação não apresentados no envelope ou apresentados com prazo vencido. [...] O Ac. nº 1.758/03, do Plenário do TCU, DOU de 28.11.03, proclamou a licitude de pregoeiro haver autorizado a inclusão, no curso da sessão pública, de documento de habilitação que, nada obstante vencido no envelope, por lapso, foi suprimido por informação do registro cadastral onde se encontrava atualizado. E o Decreto nº 5.450/05, ao cuidar do pregão eletrônico na Administração federal, vem de reconhecer, em seu art. 25, § 4º, que "Para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova". Atenua-se em termos o aparente rigorismo da parte final do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93. [...] A solução deve estender-se a todas as modalidades de licitação porque representará ganho inestimável de segurança jurídica e de razoabilidade no julgamento, reduzindo o teor de gincana com que alguns tratam os procedimentos licitatórios, à procura de falhas formais ou de irrelevâncias que em nada afetam a substância do certame, para dele afastarem concorrentes que poderiam ser portadores de propostas vantajosas para a Administração e, por conseguinte, para os contribuintes. (Sessão Pública. GASPARI, Diogenes (coord.) Pregão Presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 113/114)

Conforme se verifica, a melhor doutrina e jurisprudência de nosso país rechaçam veemente a formalidade excessiva, especialmente quando a única consequência é o eventual prejuízo à Administração Pública e ao interesse público primário. É importante ressaltar, ainda, que a Comissão de Licitação possuía meios suficientes, nos termos do procedimento, para complementar a informação faltante, assegurando assim o atendimento ao interesse público e repudiando qualquer excesso de formalismo.

É sabido que a licitação não é um fim em si mesma, mas deve ser processada com vistas a cumprir a finalidade que a legislação lhe determina, que é de admitir a participação do maior número de competidores para a obtenção da proposta mais economicamente vantajosa para o contrato em disputa. Nesse compasso, se o licitante demonstrou o cumprimento das exigências, ainda que de forma diversa da solicitada, deve-se reputar satisfatória a atuação do indivíduo, não se cogitando sua inabilitação ou desclassificação em face de meras irregularidades, que em nada comprometem a segurança e idoneidade da proposta ou dos documentos apresentados.

Portanto, o Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório não pode ser interpretado de modo absoluto, a ponto de tornar a licitação extremamente formalista, impondo-se, ao contrário, que a Comissão faça uma leitura do edital à luz dos primados da razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, finalidade. Desta forma, a decisão de desclassificação da licitante não deve prosperar.

Ademais, a Administração Pública busca a proposta mais vantajosa, não podendo se deixar levar por excessos de formalidade, e, portanto, a decisão da Comissão de Licitação deve ser revista, ficando demonstrado, assim, que a classificação da licitante é, definitivamente, nos termos da legislação aplicável, a decisão mais razoável e adequada ao caso concreto.

**2.2 Da necessidade de se garantir princípio da vantajosidade da proposta. Impossibilidade da desclassificação do licitante com proposta mais vantajosa por excesso de formalismo. Supremacia do interesse público.**

Não sobeja lembrar que a existência de competitividade é condição essencial para que as licitações resultem em contratações eficientes, garantindo assim o uso racional dos recursos públicos e permitindo que a ação governamental possa ter máxima eficácia com o montante de recursos disponíveis

O senso comum leva empiricamente ao pensamento de que, quanto maior o número de licitantes maior será a competitividade e, dessa forma maiores descontos serão ofertados nas licitações. Com o objetivo de avaliar a confirmação desse pensamento, foi elaborado por peritos de engenharia da Polícia Federal e apresentado no XIII Sinaop, em 2010, com conclusões no sentido de que até cinco concorrentes, as reduções obtidas são discretas, da ordem de 6%, crescendo acentuadamente a partir daí até nove, quando se estabiliza entre 35% e 40% de desconto em relação ao preço-base. A partir desses estudos resta comprovado que em ambientes competitivos, há a tendência para a participação de um maior número de licitantes e a obtenção de preços mais baixos para a Administração Pública, até alcançar um patamar de estabilidade a partir de 15% de desconto sobre o orçamento da Administração.

Ainda no que se refere à competitividade em licitações, pode ser citado trecho extraído da Portaria nº 51, de 3 de julho de 2009, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça:

A competitividade é a possibilidade de participação do maior número possível de fornecedores na licitação e a efetiva rivalidade entre os participantes. A **restrição à competitividade dos certames pode ter duas origens principais: (i) ato de órgão da Administração; ou (ii) conduta de agente econômico – por meio de seu representante - ou associação de classe.** Exemplos do primeiro tipo são os casos de imposição de requisitos de participação excessivamente restritivos ou que beneficiem injustificadamente determinados fornecedores (e.g. direcionamento de editais). Já o conluio entre licitantes (ou cartel) é o principal exemplo do segundo tipo. A legislação de licitações busca, primordialmente, impedir o primeiro tipo de restrição, ao passo que a legislação concorrencial cuida precipuamente do segundo tipo. (g.n.)

Um dos objetivos principais do procedimento licitatório, senão a prioritária, é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o que somente é possível mediante a viabilização de concorrência entre os interessados:

A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se isso) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 471)

O critério para a decisão de cada fase deve ser a vantagem da Administração. Isso acarreta a irrelevância do puro e simples formalismo do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. O formalismo do procedimento licitatório encontra conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração [...] 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 do modo mais conforme ao texto de 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. (JUSTIN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2004, p. 63/66)

Desta forma, desclassificar licitante pela só divergência da indicação da marca do produto cotado na proposta comercial e na amostra, mas que se refere ao mesmo produto acarreta prejuízo ao erário, na medida em que a Administração poderia deixar de contratar com proposta mais vantajosa:

É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produzam a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. Certamente, não haveria conflito se o ato convocatório reservasse a sansão de nulidade apenas para as desconformidades efetivamente relevantes. Mas nem sempre é assim. Quando o defeito é irrelevante, tem de interpretar-se a regra do edital com atenuação. (JUSTIN FILHO, Marçal.

Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2004, pg. 442)

Ora, a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer critérios de participação, cuja eliminação seja desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 645)

Analisando a motivação que ensejou a desclassificação, como expandido em nota anterior, induz o Município a não selecionar a proposta mais vantajosa para Administração. A soma desses fatores, decerto, resultará na baixa competitividade nos processos licitatórios, no favorecimento ao conluio e divisão de mercado entre empresas licitantes, sujeitando os responsáveis a jurisdição do Tribunal de Contas, com imposição de multa e, em casos, mais graves perda da função pública.

Para comodidade do raciocínio, imagine-se, no caso concreto, a Administração ser obrigada a contratar com empresa licitante que apresenta uma proposta de preço bem superior a licitante desclassificado por excesso de formalismo praticado pela comissão de licitação, deixando de selecionar a proposta mais vantajosa para Administração. Como a comissão poderá, nesses termos, justificar uma contratação menos vantajosa para Município? A comissão assumirá a responsabilidade pela lesão ao erário decorrente de imposição de formalismo exacerbado que em nada interferiu no procedimento licitatório?

Com essas considerações, o TJMG reconheceu invalidade da inabilitação de licitante que apresentou proposta mais vantajosa por excesso de formalismo, conforme retratado no seguinte julgado:

**APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - PREGÃO - EMPRESA PEQUENO PORTE - EDITAL - EXIGÊNCIA - HABILITAÇÃO - BALANÇO PATRIMONIAL - RAZOABILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. I - A existência de formalidades e a observância ao princípio da vinculação ao edital no procedimento licitatório não podem importar na imposição de formalismos exacerbados, já que o procedimento não se constitui um fim em si mesmo, ao contrário, tem por escopo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas, ao mesmo tempo, busca propiciar a todos os interessados igual oportunidade de contratar com o Poder Público. II - É requisito para habilitação de licitante, dentre outros, a comprovação de qualificação econômico-financeira da empresa, a**

qual pode ser demonstrada pela apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações. **III - Configura excesso de formalismo a inabilitação da licitante cuja proposta foi a mais vantajosa para Administração em razão da apresentação 'incompleta' do balanço patrimonial, pois a ausência do 'termo de abertura' não é suficiente para macular o conteúdo do documento, devidamente chancelado pela Junta Comercial, autenticado no Cartório do 3º Ofício, assinado por contador e ratificado pelo sócio-gerente.** (TJMG - Apelação Cível 1.0317.09.116126-3/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/10/2010, publicação da súmula em 01/12/2010)

O próprio Superior Tribunal de Justiça, firmando jurisprudência acerca do tema, entende que não se pode restringir ao máximo a participação de diversas empresas e conforme segue:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA. 1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo. 2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico financeira e da regularidade fiscal. 3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do "ato constitutivo e suas alterações, devidamente registrada ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão...", excessiva e sem fundamento legal a inabilidade de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso. 4. Configura-se excesso de exigência, especialmente por a tanto não pedir o edital, inabilitar concorrente porque os administradores da licitante não assinaram em conjunto com a dos contadores o balanço da empresa. 5. Segurança concedida. (MS 5.779/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09.09.1998, DJ 26.10.1998 p. 5)

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - EDITAL - CLAUSULA RESTRITIVA - DECRETO-LEI 2.300/86 (ART. 25, PARAGRAFO 2., 2, 1A. PARTE). 1. A EXIGENCIA EDITALICIA QUE RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO DE CONCORRENTES, CONSTITUI CRITERIO DISCRIMINATORIO DESPROVIDO DE INTERESSE PUBLICO, DESFIGURANDO A DISCRICIONARIEDADE, POR CONSUBSTANCIAR "AGIR" ABUSIVO, AFETANDO O PRINCIPIO DA IGUALDADE. 2. RECURSO IMPROVIDO. (REsp 43.856/RS, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.08.1995, DJ 04.09.1995 p. 27804)

Portanto, diante do caráter restritivo imposto para a participação da licitação, comprova-se que o Edital está em desacordo com a legislação vigente, e ainda, com o entendimento jurisprudencial. Como se vê há forte discordância entre o requisito apostado como obrigatório, no instrumento convocatório em referência e o posicionamento dos tribunais pátrios, além do entendimento da doutrina majoritária:

[...] a comissão julgadora deve ser maleável, transigente, interpretando as questões controvertidas preferentemente em favor do proponente, tendo em vista que existe um interesse público na participação do maior número possível de licitantes. Ou seja, na fase de habilitação não deve haver um rigor excessivo capaz de alijar do certame proponentes realmente habilitados a fornecer o material, prestar o serviço ou realizar a obra pretendida pelo Poder Público. (DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.153)

Assim, considerando que o produto entregue a amostra se trata do mesmo produto contado na proposta comercial, cujo único equívoco foi denominação do produto quando da transcrição para proposta comercial, a desclassificação não traz qualquer vantagem ou desvantagem à Administração Pública, senão que pode resultar em prejuízo com contratação de proposta menos vantajosa, inexorável não poder esse motivo servir de critério para desclassificação da licitante.

### **2.3 Irregularidade da desclassificação de empresa licitante por omissão de informação sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993.**

A comissão de licitação, por ocasião, da sessão pública de aprovação da amostra, desclassificou a proposta da licitante por entender que não foi entregue fubá do tipo mimoso, e sim o fubá tradicional. Contudo, o que se constata é que essa afirmação se baseia apenas na conferência do rotulo da amostra entregue, pois, nele não há indicação que o produto é do tipo mimoso, embora, de fato, seja desse tipo, sobretudo, pela percepção que Administração não possui condições técnicas para aferir, mediante amostra, a qualidade do produto ofertado, é do tipo mimoso ou tradicional.

Nessas circunstâncias, a desclassificação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, caracteriza inobservância à lei de contratação pública. Em diversas oportunidades, o TCU a indicar a obrigatoriedade da realização de diligências antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do licitante:

13

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário)

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 3418/2014 – Plenário)

A amostra do produto reprovado é registrada no GTIN como fubá tipo **mimoso**, as notas fiscais anexadas dão conta que produto é comercializado no mercado como fubá tipo **mimoso** e a ficha técnica do produto indica se tratar de fubá do tipo **mimoso**. **Administração não possui condições técnicas para aferir, mediante amostra, a qualidade do produto ofertado se refere ao fubá tipo mimoso ou não, senão que apenas pelo exame da embalagem do produto, portanto, deveria, antes de desclassificar o licitante, oportuniza-lo apresentar certificação que comprove tratar fubá do tipo mimoso:**

**1. Nas situações em que a Administração não possui condições técnicas para aferir, mediante amostra, a qualidade do produto ofertado, é admitida, como condição para classificação ou como requisito contratual, mas não para habilitação, a utilização de certificações para comprovar a aderência do produto às normas técnicas de qualidade.**

Representação formulada por unidade técnica do TCU em face de pregão eletrônico realizado pela Fundação Universidade Federal do Acre (Ufac), destinado à contratação de fornecimento, com serviços de implantação, de materiais de identificação, incluindo piso tátil e comunicações, apontara possíveis irregularidades no certame, dentre as quais a exigência de laudo de verificação de aderência de camada de tinta como condição para habilitação. Em análise de mérito, realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator registrou, no que respeita ao ponto impugnado, que situação similar fora apreciada quando da prolação do Acórdão 1054/2014-Plenário, que analisara pregão para registro de preços promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Acre (Ifac), no qual a Ufac figurava como órgão participante. Naquela oportunidade, a relatoria destacara que “*as exigências habilitatórias visam auscultar se a pessoa da licitante possui capacidade ampla de adimplir aos comandos licitatórios. No que se refere ao âmbito técnica, intenta-se averiguar a expertise da empresa, em termos de ‘saber fazer’.* E a comprovação desse know how se faz por meio de atestados técnicos demonstrativos de experiência

anterior bem-sucedida. São, portanto, requisitos pessoais da licitante a serem avaliados". Por outro lado, os requisitos de atendimento a normas de qualidade e às especificações do objeto são caracterizadores do produto, "demonstram que o objeto está em conformidade com as exigências do edital", não se prestando, contudo, para comprovar, em sede de habilitação, a capacidade da licitante para oferecer o produto na especificação desejada. Ademais, acrescentara o relator do acórdão citado, características próprias do objeto "além de não traduzirem a capacidade das concorrentes, também não constam do rol exaustivo das condições de habilitação previstos no art. 30 da Lei de Licitações". Nada obstante, consignara aquele relator que "diante de situações em que a administração, por si própria, não possui condições ferramentais para aferir, mediante amostra, a qualidade do produto ofertado, esta Corte tem admitido a utilização de certificações para comprovar a aderência do produto às normas técnicas de qualidade. E isso pode ser feito como condição para classificação ou como requisito contratual". Com essa moldura, tanto lá como aqui, concluíram os relatores que as condições de habilitação examinadas constituíam cláusulas restritivas à competitividade dos certames. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta da relatoria, assinando prazo para que a Ufac adote as providências necessárias à anulação do pregão, em face de "restrição indevida à competitividade decorrente da exigência de laudo de verificação de aderência de camada de tinta como condição habilitatória". **Acórdão 2583/2014-Plenário, TC 014.969/2014-9, relator Ministro Bruno Dantas, 1/10/2014.**

É irregular, pois, a desclassificação da proposta mais vantajosa, quando era possível ao licitante por meio de certificação comprovar que o fubá é do tipo mimoso, mediante simples diligência do pregoeiro, conforme entendimento do TCU:

**1. É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público.**

Representação apresentada por licitante apontou possíveis irregularidades na concorrência 04/2017-CC, do tipo menor preço, conduzida pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas no Estado do Pará (Sebrae/PA) para reforma de seu edifício-sede. A principal ocorrência examinada foi a desclassificação da representante, que ofertara a proposta mais vantajosa. A comissão de licitação do Sebrae fundamentou sua decisão no fato de a empresa representante não ter apresentado a composição de preço unitário referente ao serviço "rodapé de 15 cm", cujo valor correspondia a menos de 0,5% do total da proposta. A relatora do feito, apesar de considerar que as condutas dos responsáveis não eram graves o suficiente para apená-los, consignou não ter encontrado "nas defesas apresentadas, em virtude das audiências e oitivas, razões suficientes a justificar tal proceder do Sebrae/PA, a não ser excessivo rigor e formalismo no exame da proposta da [representante] e inconsistências/equívocos no procedimento licitatório referente à concorrência 4/2017". Ao tratar do recurso administrativo interposto pela empresa representante em decorrência da sua desclassificação, a relatora observou que o parecer jurídico da entidade "equivocadamente registrou que a proposta de preços da empresa omitiu o valor do subitem 10.5, erro substancial que impede a validação do valor global ofertado e

*fundamenta a desclassificação da licitante no certame, sendo que na verdade a única ausência era a da composição de preços unitários do subitem".* Conforme verificado pela relatora, o citado subitem 10.5 constava da proposta da licitante desclassificada, estando ausente somente a composição do seu preço unitário. Para ela, em conclusão, *"não há como acolher o posicionamento do Sebrae/PA no sentido de que se tratava de omissão insanável e de que diligência em qualquer tempo resultaria necessariamente em novas propostas, com violação ao §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 e ao princípio da isonomia"*, pois diligência objetivando *"a apresentação pela citada empresa da composição de preços para subitem de pouquíssima relevância em momento algum feriria a Lei de Licitações. Ao contrário, buscaria cumprir seu art. 3º na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, posto que a proposta da [representante] foi menor em R\$ 478.561,41 em relação à da empresa contratada"*. Ao acolher o voto da relatora, o Plenário julgou procedente a representação e fixou prazo para o Sebrae/PA anular o contrato, além de *"dar ciência ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Pará que a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência afronta o interesse público e contraria a ampla jurisprudência deste Tribunal de Contas da União"*.  
**Acórdão 2239/2018 Plenário, Representação, Relator Ministra Ana Arraes.**

A promoção de diligência, segundo TCU, no Acórdão 2159/2016 do Plenário, é um dever imposto ao pregoeiro para encaminhamento de "diligência às licitantes a fim de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção da proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas". Portanto, a decisão que culminou na desclassificação da empresa licitante deve ser reformada, pois foi a Administração não descuroou do dever de diligência, o que não pode ser convertida em prejuízo a recorrente e, em última análise, a interesse público assentado na escolha da proposta mais vantajosa para Administração.

### 3. DO REQUERIMENTO

Diante do exposto e dos princípios e regras que orientam a atuação da Administração, requer que o presente recurso seja provido a fim de reformar a decisão que desclassificou a recorrente, permitindo que a licitante possa apresentar certificação que a amostra entregue corresponde ao item fubá tipo mimoso para que, enfim, seja declarada vencedora do certame.

Requer ainda que, caso não seja reconsiderada a decisão ora guerreada, sejam enviadas as presentes razões, à apreciação da autoridade hierarquicamente superior, para os fins de direito, conforme prevê o parágrafo 4º. do art. 109 da Lei 8.666/93.

Nesses termos,  
Pede Deferimento.

São Mateus, 17 de junho de 2021

RAMON RISPIRI  
VIANNA:1232965  
1708

Assinado de forma digital por  
RAMON RISPIRI  
VIANNA:12329651708  
Dados: 2021.06.17 19:18:21  
-03'00'

**RAMON RISPIRI VIANNA**

Representante Legal da empresa

CNPJ n.º 08.715.122/0001-76