



EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) JAQUELINE HELENA SALES, - PREGOEIRA OFICIAL DO MUNICÍPIO DE ARARAQUARA, ESTADO DE SÃO PAULO

"o **Advogado**¹ vem a ser um instrumento do processo civilizatório, pois, tendo por arma à palavra, aprende ao transformar o litígio na busca de uma solução pacífica baseada no **bom senso, no justo, no equilíbrio, o valor do processo democrático**, por via do qual mais vale o obtido pelo consenso, fruto da persuasão, do que o imposto pela força das armas ou do dinheiro."

JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES, já qualificada nos autos do processo administrativo que deu "azo" a publicidade do Pregão do tipo eletrônico nº80/2022, vem, à presença de Vossa Excelência, por seu Representante legal e Advogado, ambos subscreventes ao final, com fulcro no art. 44, inciso XVIII da Lei 10.520/02 e art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a" e inciso LV da Constituição Federal, propor o **"RECURSO ADMINISTRATIVO E/OU ADMINISTRATIVO HIERPÁRQUICO PRÓPRIO"** contra a decisão exarada pela r. Pregoeira que desclassificou/inabilitou a peticionária devido não ter apresentados os índices contábeis conforme previsto no edital.

¹ NEVES. José Roberto de Castro – **"como os Advogados salvaram o Mundo"** – (p. 12).



1. DOS REQUISITOS DA LEGITIMIDADE - LEGALIDADE E TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

É legítimo a propositura da medida recursal - prevista no art. 44, caput, parágrafo 1º do DF 10.024/19², devido à decisão prolatada pela r. Pregoeira em desclassificar/inabilitar a empresa **JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES**, mesmo estando com seu balanço patrimonial em total coerência com a lei. Considerando que da manifestação recursal garante a apresentação DAS RAZÕES POR ESCRITO, essa findar-se-á em 01 de junho de 2022, portanto, encontra-se tempestiva a medida ora apresentada nesta data.

Ainda para que não haja dúvida quanto à legitimidade da propositura recursal com pedido de exercer o juízo de retratação em favor da peticionária **JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES**, ampara-se no **direito de petição**, guarnece seu direito de recorrer através Constituição Federal. No tocante ao **direito de petição**, a Constituição Federal assegura por meio do art. 5.º, inciso XXXIV, alínea "a" e inciso LV, da CF/88, nos seguintes termos:

"O direito de petição aos Poderes Públicos em DEFESA DE DIREITOS ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral **são assegurados o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;

Também devemos citar que o art. 5º da Constituição

² Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer. § 1º As razões do recurso de que trata o caput deverão ser apresentadas no prazo de três dias.



Federal³ elenca direitos fundamentais da pessoa - humana, ou seja, que não se **incluiriam as pessoas jurídicas**. Essa orientação inclusive, já foi defendida por **Pontes de Miranda**. Contudo, atualmente não há mais espaço para este debate, pois, vários direitos previstos nos incisos do art. 5º referem-se às pessoas jurídicas, como a proteção às associações. Essa é a orientação do Sr. **Alexandre de Moraes** -, **Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF** da qual também comunga **José Afonso da Silva**. Vejamos:

"à **pesquisa no texto constitucional** mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às **pessoas jurídicas**", tais como o "**PRINCÍPIO DA ISONOMIA, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, O DIREITO DE RESPOSTA**", o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade de domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança". Há até direito que **é PRÓPRIO DE PESSOA JURÍDICA**, como o direito **à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintos como logotipos e nome fantasia**.

Assim sendo, as pessoas jurídicas também podem fazer uso do "**direito de petição**", que, **na esfera infraconstitucional** foi regulamentada pela **Lei nº 9.784/99**⁴. O art. 6º estabelece os requisitos do requerimento inicial, admitindo em casos, até mesmo manifestação oral. Note-se que a lei não exige mais que os requisitos mínimos para que se estabeleça uma relação **jurídica**

³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (XXXIV) - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (a) o direito de petição aos Poderes Públicos em DEFESA DE DIREITOS ou contra ilegalidade ou abuso de poder; LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurada o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁴ Art. 6º O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados: I - Órgão ou autoridade administrativa a que se dirige; II - Identificação do interessado ou de quem o represente; III - Domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações; IV - Formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos; V - Data e assinatura do requerente ou de seu representante. Parágrafo único. É VEDADA à Administração a RECUSA IMOTIVADA de recebimento de documentos, DEVENDO O SERVIDOR ORIENTAR o INTERESSADO quanto ao suprimento de eventuais falhas.



processual entre o administrado e a administração pública. Não exige nenhuma formalidade específica, e, por vezes, admite a solicitação oral, que, reduzida a termo, será tombada em processo administrativo.

Merece destaque a previsão do parágrafo único que veda à Administração "**a recusa imotivada de recebimento de documentos**", ou seja, mesmo estando "**intempestiva**", em clara proteção ao cidadão, estando na condição de pessoa física ou jurídica. Sendo assim, o "**direito de petição**" por pessoa física ou jurídica tem como objetivo precípuo, assegurar o exercício das prerrogativas típicas de um **Estado Democrático de Direito**, que não tolera **abusos ou arbitrariedades**, permitindo ao cidadão (**pessoa física**) ou empresa (**pessoa jurídica**), a possibilidade de vislumbrar igualmente os direitos e obrigações a que está submetida de forma delimitadamente objetiva pelas Leis, essas, "**que os protegem e as quais devem se subordinar**", para então tornar-se de fato "**um sujeito de direitos e obrigações**".

Portanto, recurso administrativo previsto no art. 4º inciso XVIII da Lei 10.520, combinado com o **direito de petição**, tem assento Constitucional, sendo condicionado, imprescritível e independente de pagamento de taxas. Cumpre registrar que cabe ao **SISTEMA DE CONTROLE interno** o dever de acompanhar o caso, inclusive com apontamentos, por força do **art. 102 da Lei 8.666**⁵, dando ciência ao organismo externo caso as irregularidades se confirmem em razão do teor da medida recursal postulada. Pelos

⁵Art. 102. Quando em autos ou documentos de que conhecerem, os magistrados, os membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas ou os **TITULARES dos órgãos integrantes do SISTEMA DE CONTROLE INTERNO** de qualquer dos Poderes verificarem a **existência dos crimes definidos nesta Lei**, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao **OFERECIMENTO DA DENÚNCIA**.



argumentos que serão expostos, esperamos ao fim da análise de admissibilidade e conhecimento do recurso administrativo por **Vossa Excelência - Senhora Pregoeira**, onde verificará que a decisão em desclassificar/inabilitar a peticionária **JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES**, ofende o “princípio da vinculação ao instrumento convocatório”, mas também, pelos “princípios da legalidade” e “isonomia processual”, e melhor e menor proposta ofertada, as razões apresentada no que tange o balanço patrimonial, vai na contramão dos precedentes do TCU, TCE/SP e Súmula do TCU.

Requer seja encaminhado por Vossa Excelência, r. Pregoeira, o recurso administrativo para autoridade hierárquica, convertendo-o em recurso administrativo e hierárquico próprio, cabendo ao Senhor - (i) - Autoridade Hierárquica/Superior com vistas para - (ii) - Controladoria Interna do Órgão e (iii) Assessoria Jurídica/Procuradoria Geral, em cumprimento ao **duplo grau de jurisdição**, tornando-se obrigatória análise pela Autoridade Superior, depois de munido com **manifestação/pareceres**, este último, atuando nos termos do art. 38, parágrafo único⁶ da LLC, reconhecendo a ilegalidade praticada contra a peticionária **JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES**.

Superado as questões que tratam sobre a legitimidade recursal, passamos agora para as razões fáticas e do mérito dela.

2. DAS RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO

⁶ Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: Parágrafo único. **As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou “ajustes”** devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.



Antes de adentrarmos no mérito do recurso, vejamos a exigência do edital. Vejamos:

10.06. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

10.06.06. A empresa deverá apresentar as fórmulas dos itens **10.06.07** e **10.06.08**, devidamente assinadas pelo Representante legal da empresa e por contador ou técnico de contabilidade, nos moldes do disposto no art. 12, caput, I e II, do Decreto-Lei n° 9.295/1946, para a comprovação da boa situação financeira da empresa, que dar-se-á, **sob pena de inabilitação**, por índices que atendam aos limites estabelecidos abaixo:

ILG = Índice de Liquidez Geral
ISG = Índice de Solvência Geral
ILC = Índice de Liquidez Corrente
IE = Índice de Endividamento

10.06.07. As fórmulas para os índices ILG, ISG e ILC, são as que seguem abaixo, sendo que o resultado dos três índices deve ser igual ou maior a 1,0 (um vírgula zero):

ILG =
$$\frac{\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}$$

ISG =
$$\frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}$$

ILC =
$$\frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$$

10.06.08. A fórmula para o IE é a que segue abaixo, sendo que o resultado deverá ser menor ou igual a 0,80 (oitenta centésimos).

E =
$$\frac{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}{\text{Ativo Total}}$$

Sabe-se que os documentos passíveis de serem exigidos como forma de medir a **qualificação econômico-financeira** dos licitantes encontram-se dispostos no art. 31 da Lei n° 8.666/93, portanto, em outras palavras, a Lei de Licitações apresenta uma lista do que pode ser exigido para aferir as condições econômicas do futuro contratado na tentativa de resguardar o correto



cumprimento do contrato, **SEM EXIGIR EXCESSOS ou QUALQUER** outra que viole as regras da ampla concorrência.

Nesse sentido, desde que devidamente justificado, a Administração pode exigir a comprovação de índices contábeis mínimos como critério de avaliação da capacidade financeira do licitante. Todavia, **não pode exigir valores mínimos de faturamento anteriores à adjudicação**, bem como índices rentabilidade ou lucratividade, nos termos do art. 31 §§1º e 5º da Lei nº 8.666/93, Vejamos:

Art. 31 - A DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA **LIMITAR-SE-Á A:**

§ 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.

(...)

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.**



O rol taxativo acima, já comprova que a adoção tomada pela r. Pregoeira em desclassifica/inabilitar a peticionária, viola as regras da LLC, portanto, é decisão que deve ser revista sob pena de representação/cautelar.

Embora seja a lei nº 8.666/93 concedente ao gestor público a possibilidade de eleger, caso a caso, os índices mais adequados à contratação. No entanto, conforme estabelecido na SÚMULA Nº 289 DO TCU, "a exigência dos índices contábeis escolhidos somente se legitimará se houver justificativa no processo de licitação".

A jurisprudência do TCU também comunga sobre o tema, determinado a necessidade de motivação plausível e aprovada pela assessoria jurídica:

o fato de a lei não fixar o limite do índice a ser adotado não afasta a responsabilidade do gestor por sua definição, que não pode ser aleatória, nem depender de simples 'palpite' do administrador público. TCU. ACÓRDÃO Nº 932/2013 - PLENÁRIO.

Vale notar que os dispositivos acima mencionados e o texto da Súmula-TCU nº 289 decorrem do art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual o processo de licitação pública "somente permitirá exigências de qualificação técnica e



econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Há certo tempo, o **TCE/SP** entendeu que, em licitações, não mais poderia estabelecer, de modo geral, máximos e mínimos para índices contábeis (**liquidez, endividamento, solvência etc.**) e, de capital dos licitantes. Isso porque, cada **ramo da economia possui realidade bastante diferenciada**. Nesse rumo, **COMUNICADO DE 1º/02/2019**, sedimenta, de vez, aquele entendimento do TCE/SP, cabendo à entidade pública justificar, em cada caso, os índices contábeis exigidos dos licitantes:

COMUNICADO SDG N° 05/2019 (TCA-18484/026/15)

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, COM FUNDAMENTO NOS ESTUDOS REALIZADOS NO TCA18484/026/15, **COMUNICA**, a teor do **artigo 31, §5º**, da Lei Federal de Licitações n° **8666/93**, que incumbe unicamente à Administração, ao optar por exigir índices contábeis e valores de qualificação econômico-financeiros dos licitantes, **justificar no procedimento administrativo do certame os motivos da escolha**, demonstrar que levou **em conta as especificidades do ramo de atividade ou do segmento de mercado correspondente ao objeto a ser licitado e outros critérios**, quando pertinentes, como o vulto da contratação, **a conjuntura econômica, a prévia análise da saúde financeira das empresas que operam nos correspondentes setores, por meio de indicadores usualmente praticados no caso concreto, fixados de forma clara e objetiva no edital**, a fim de possibilitar uma ampla competição. Tal previsão não desonera das cautelas que a Administração deve atentar contra os riscos de eventual inadimplemento por meio da adoção de garantias e de aplicação de sanções previstas na lei de regência da matéria, sem prejuízo do acompanhamento concomitante da execução contratual.

Ainda decisões do Tribunal. Vejamos:

TC-006822.989.15-87 - EMENTA: LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. EXECUÇÃO CONTRATUAL. PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAMINA. FLEX - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO. INADEQUAÇÃO DAS PLANILHAS ORÇAMENTÁRIAS. SUPERAÇÃO DOS LIMITES ESTABELECIDOS NA

⁷ Anexo I.



SÚMULA Nº 24 DESTE TRIBUNAL. FALTA DE RAZOABILIDADE NOS ÍNDICES DE LIQUIDEZ E DE ENDIVIDAMENTO REQUISITADOS EM EDITAL. ORÇAMENTO DEFASADO, CONSTRUÍDO COM BASE EM VALORES DE "DATA BASE" JANEIRO-2009. PRINCÍPIO DA ACESSORIEDADE. IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA AO RESPONSÁVEL. CONHECIMENTO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL.

E mais;

TC-011848.989.19-0⁸ - EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CHAMAMENTO PÚBLICO. SERVIÇOS DE SAÚDE. TERCEIRO SETOR. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. ÍNDICES CONTÁBEIS. RESTRITIVIDADE. REGULARIDADE FISCAL. FAZENDA ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA. 1. No edital de chamamento público de entidade do Terceiro Setor para prestação dos serviços de saúde, são comprovadamente restritivos o ILG - Índice de Liquidez Geral $\geq 1,00$, ILG - Índice de Liquidez Corrente $\geq 1,00$ e GE - Grau de Endividamento $\leq 0,50$. 2. É descabida a regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual, se tributos de competência daquela unidade federada não incidirem sobre a atividade e objeto licitados, conforme disposto nos incisos II e III, do art. 29 da Lei n.º 8.666/93.

E mais;

PROCESSOS: 012374.989.18-4, 012453.989.18-8 E 012471.989.18-6 EXAME PRÉVIO DE EDITAL⁹, bem como a suspensão do andamento do certame, fixado o prazo máximo de 05 (cinco) dias à **PREFEITURA MUNICIPAL DE ADAMANTINA** para a apresentação de suas alegações em face das insurgências trazidas nas representações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório. As representantes insurgem-se contra o edital, **apontando possível restritividade na exigência de demonstração de índice de endividamento menor ou igual a 0,50, como requisito de qualificação econômico-financeira,** consoante disciplinado nos itens "4.1.2.4.2. **VIOLAÇÃO DO ART. 31, PARÁGRAFOS 1º E 5º DA LEI 8.666/93**

Assim, face aos precedentes jurisprudenciais da Corte de São Paulo - TCE -, e diante das peculiaridades do mercado de

⁸ Anexo II.

⁹ Anexo III.



vales de benefícios, a exigência de índice de endividamento igual ou inferior a 0,80 se **revela restritiva à competitividade** e não se mostra adequada à verificação da boa situação financeira da peticionária, assim entendida como aquela suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato, pois o OBJETO licitado não se revela legítimo à fórmula solicitado.

A luz do exposto, a forma de exigência dos índices contábeis prevista no edital em comento, não se revelam legítimos para o OBJETO LICITADO, portanto, pelo princípio do **FORMALISMO MODERADO**, o balanço patrimonial apresentado na forma da lei pela empresa **JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES** é legítimo e atende as regras taxativas do art. 31 da LLC, portanto, à medida que se impõe no caso concreto é ser revisto a decisão da r. Pregoeira que **inabilitou**, exercendo assim, seu juízo de valor/retratação, declarando a empresa **JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES** **habilitada e vencedora do certame** por ter apresentado a **menor e melhor proposta**, atendendo todos os requisitos do edital.

Não sendo o mesmo entendimento, medidas serão tomadas a fim de garantir a legalidade do processo e, garantia legal de sagrar-se vencedora a empresa **JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES** pelo atendimento ao princípio da legalidade e isonomia processual.

Repisa!!!! -, requer a **cópia do parecer jurídico exarado nos termos do art. 38, parágrafo único da LLC**, cujo acredita ter aprovado o edital contendo tais anomalias.



Compreendemos que embora seja uma posição tomada pela r. Pregoeira pautada sob o manto da discricionariedade/legalidade que julga possuir, devemos também considerar a necessidade de ser aplicado o **"princípio do formalismo moderado"**, de modo a prestigiar o princípio que possibilitará maior segurança jurídica no exercício de rever a decisão que inabilitou a empresa **J C ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - ME**, **declarando-a agora, HABILITADA**.

O formalismo moderado se relaciona através da ponderação entre os princípios da **eficiência** e da **segurança jurídica**. Ambos ostentam a importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da Lei de licitações que busca a proposta mais vantajosa para a Administração, garantindo assim, a isonomia entre os licitantes. Nesse sentido, orienta o TCU no **ACÓRDÃO 357/2015-PLENÁRIO**:

"NO CURSO de procedimentos licitatórios", a **Administração Pública** deve pautar-se pelo **PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO**, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a **PREVALÊNCIA DO CONTEÚDO SOBRE O FORMALISMO EXTREMO**, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Nota-se que sua utilização do **formalismo moderado** não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou recusa de vigência do caput do art. 41 da Lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de **princípio (s)** e não descumprimento de **princípio (s)**:



"Diante do CASO CONCRETO e, a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da LEGALIDADE ESTRITA ser afastado frente a outros princípios". (ACÓRDÃO 119/2016-PLENÁRIO).

Ao contrário do que ocorre com as regras e normas, os princípios não são absolutos entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. O exemplo deste raciocínio, é extraído dos excertos seguintes, onde o Tribunal de Contas da União - TCU harmoniza a flexibilização do uso dos princípios administrativos. Vejamos:

"RIGOR FORMAL no exame das propostas dos licitantes não pode ser EXAGERADO OU ABSOLUTO, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que IRRELEVANTES e não causem prejuízos à Administração OU AOS CONCORRENTES, serem sanadas mediante diligências". ACÓRDÃO 2302/2012-PLENÁRIO.

E mais;

"O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de DESCUMPRIR AS NORMAS E O EDITAL, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da PROPOSTA MAIS VANTAJOSA". ACÓRDÃO 8482/2013-1ª CÂMARA.

A análise desta contrarrazões deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar a prevalência do princípio do formalismo moderado, de maneira que não perderá de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.



Vale lembrar que o certame licitatório não representa **um fim em si mesmo**, mas sim, um meio que busca o atendimento das necessidades públicas, ou seja, maior competitividade, de modo que patrocinará a proposta mais **VANTAJOSA**, ou seja, a de **MENOR PREÇO** ou **MELHOR OFERTA**, DIGA-SE, ofertada pela empresa **J C ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - ME**, já declarada vencedora.

O Tribunal de Contas da União - TCU¹⁰ vem se posicionando **veementemente contra o excesso de formalismo**. Em acórdão recentíssimo do ano de 2017¹¹ o TCU novamente fez um alerta a respeito da necessidade de ocorrer **FLEXIBILIZAÇÃO** nas regras de editais de licitação, já que é uma medida benéfica, sem a incidência de burla à lisura do certame.

Nesse sentido, por meio do **ACÓRDÃO NO 342/2017 - 1A CÂMARA**, oriundo de representação que foi considerada prejudicada por perda de objeto em face da revogação da Tomada de Preços, foi dada ciência ao município de Itaetê/BA de que:

[...] **em razão da jurisprudência CONSOLIDADA do TCU (Acórdãos 1.791/2006 e 1.734/2009-Plenário, entre outros), configura FORMALISMO EXCESSIVO** a desclassificação de empresa participante de certame licitatório em decorrência de **mero erro material no preenchimento de anexo**, desde que **SEJA POSSÍVEL AFERIR A INFORMAÇÃO PRESTADA**, sem prejudicar o andamento da sessão, situação ocorrida no julgamento das propostas das empresas na Tomada de Preços [...]. 2 Mais uma vez o TCU **considerou um formalismo exacerbado** a desclassificação da empresa.

¹⁰ TCU. Processo TC NO 008.284/2005-9 - ACÓRDÃO NO 2003/2011- Plenário. Relator: ministro Augusto Nardes.

¹¹ TCU. Processo TC NO 032.051/2016.6 - ACÓRDÃO NO 342/2017 - 1a Câmara. Relator: Ministro Augusto Sherman.



É público e notório que o Tribunal de Contas da União - TCU posiciona-se contra o **excesso de formalismo**. Em decisão anterior por meio do Acórdão nº 2003/2011- Plenário, o Ministro-relator Augusto Nardes destacou que as exigências para o fim de **habilitação** devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o **formalismo desnecessário**. Salienta-se também que quando há situações nesse sentido, o TCU costuma orientar os gestores a interpretar o edital sob a perspectiva da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de possibilitar o **maior número** possível de concorrentes.

É preciso evitar os **formalismo excessivo** e injustificado, como é o caso em tela, o uso do formalismo exacerbado pela r. Pregoeira que inabilitou a petionária **J C ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - ME** do certame sob o manto do **EXCESSO DE FORMALISMO OU FORMALISMO EXACERBADO**.

Mesmo sendo exaustivos neste recurso, sua **finalidade é** colaborar em valorizar a economicidade e vantajosidade da melhor proposta ofertada ao Município de Araraquara, afastando a presença do **formalismo exacerbado**, com base em fundamentos recursais desprovidos de legalidade e atualidade, diga-se de passagem, não fazendo conexão com o caso concreto, onde demonstra-se ao Senhor Pregoeiro, os precedentes judiciais abaixo, sendo eles imprescindíveis para dar guarida em sua decisão em sede de juízo de reafirmação, declarando a petionária **J C ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - ME**, habilitada e vencedora do certame por ter ofertado a **MENOR E MELHOR PROPOSTA DE PREÇOS**.



3. DO EXCESSO DE FORMALISMO E FORMALISMO MODERADO NA VISÃO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Dessume-se que a regra geral para o procedimento licitatório é a **formalidade** que se vincula às prescrições legais em todos os atos e fases. A análise da forma tem sua importância como meio de prestigiar a segurança e a previsibilidade das decisões, evitando desvios do julgador que possam comprometer a lisura do procedimento. O artigo 4º, parágrafo único, da Lei 8.666/93 determina:

“Art. 4º - Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei **CARACTERIZA ATO ADMINISTRATIVO FORMAL**, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.”

Tal análise não pode se sobrepor a outros princípios, pois, a compreensão dos valores que irrompem da Lei, é imprescindível para o alcance do interesse público. Nessa tarefa, devem ser verificados os fins buscados, e eleita à solução que melhor atenda a todos os princípios numa análise sistêmica do processo. Ressalta-se que a licitação não é um fim em si próprio, mas sim, um meio para obtenção da proposta mais vantajosa para a entidade.

Cabe ao gestor Público pautar suas decisões no procedimento formal, mas sem cair no chamado **formalismo** que se manifesta pelo apego **excessivo à forma**, afastando-se da finalidade da seleção da proposta mais vantajosa de modo que a vantajosidade abrirá espaço para a proposta que **melhor seguir a disciplina do edital**, que ao final, poderá ser danosa pecuniariamente ao Erário Público, pelo simples fato do apego ao excesso de formalismo.



A doutrina sapiência sobre o tema, nas palavras não só do professor Adilson Dallari:

A "licitação **não é um concurso de destreza**, destinado a SELECIONAR O MELHOR CUMPRIDOR DE EDITAL".

Assim, segundo o advogado e professor de Direito Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, salienta-se que há situações nesse sentido. O TCU costuma orientar os gestores a interpretar o edital sob a perspectiva da proporcionalidade e da razoabilidade a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes que possam ofertar a proposta mais vantajosa.

"A licitação Pública destina-se, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a garantir que a **PROPOSTA MAIS VANTAJOSA seja selecionada pela Administração**. Essa seleção deve ser julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Durante a seleção, a comissão de licitação deverá TER CAUTELA para não INFRINGIR OS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS", explica Jacoby.

No magistério de sapiente e, mestre Hely Lopes Meirelles¹²:

"à 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".

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 274.



Ainda sobre o formalismo, o sábio Sr. Carlos Ari Sundfeld e Benedicto Pereira Porto Neto ¹³ sinalizam:

“**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**”.

Prossegue neste interím, o sábio Sr. Carlos Ari Sundfeld:

“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”.

Embora seja muitos casos em que Comissão Permanente de Licitação - CPL, Pregoeiro (a) ou a Autoridade Competente, em vista da aplicação dos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, pautado às vezes em parecer jurídico opinativo, apega-se de modo literal aos textos normativos do edital, acabam por **excluem licitantes, inabilitando ou desclassificando as propostas dos licitantes** que potencialmente se mostram **mais vantajosas**, tudo pelo simples fato de verificarem pequenas falhas ou a desatenção à forma exigida em relação aos documentos e informações apresentados no certame ou até mesmo pela falta de compreensão terminológica, como é o caso, pois a r. Pregoeira agiu com excesso de formalismo, mas, pautado

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. **Licitação para concessão do serviço móvel celular**. Zênite. ILC nº 49 - março/98. P. 204.



no direito ao contraditório, acredita-se que irá analisar o recurso em questão e, certamente compreenderá que deve ser revisto sua própria decisão, ou seja, habilitando a peticionária.

Para que não fiquemos apenas no espaço Doutrinário e Acórdãos do TCU, prudente trazemos neste recurso, as jurisprudências dos **TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS SUPERIORES**, sendo eles, o mesmo entendimento que pugna-se a ser aplicado neste caso concreto, afastando assim, o **EXCESSO DE FORMALISMO em vista da finalidade do procedimento licitatório**, como se depreende dos excertos abaixo:

STJ: ¹⁴ "As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, **POSSIBILITEM A PARTICIPAÇÃO DO MAIOR NÚMERO DE CONCORRENTES**, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre **várias propostas, a mais vantajosa**"^[41].

STF: ¹⁵ "Se a **irregularidade praticada pela licitante vencedora**, que não atendeu à **formalidade prevista no edital licitatório**, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o **VÍCIO APONTADO NÃO INTERFERIU NO JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS**, não se vislumbrando ofensa aos demais **princípios exigíveis na atuação da Administração Pública**, **CORRETA é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa**, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa".

Denota-se em alguns Tribunais de Justiça do País, entendimentos semelhantes:

¹⁴ STJ – **RESP nº 512.179-PR**, rel. Min. Franciulli Netto.

¹⁵ STF – **RO em MS n. 23.714-1**, DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.



“... É extremamente FORMALISTA A DECISÃO que, em TOMADA DE PREÇOS, **inabilita licitante por ausência de autenticação em uma das folhas dos inúmeros documentos apresentados**, sobretudo porque dissociada dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da competitividade, já que não houve sequer suspeita de falsidade ou fraude do documento.” (AC em MS n. 2005.042346-1, rel. Des. Substituto Jaime Ramos, j. 16.5.06)¹⁶ (grifou-se).

“É CEDIÇO QUE O FORMALISMO constitui princípio inerente a todo procedimento licitatório, no entanto, a rigidez do procedimento **NÃO PODE SER EXCESSIVA A PONTO DE PREJUDICAR O INTERESSE PÚBLICO**. Ademais, em matéria de licitação, como o objetivo é o de atrair o maior número de interessados, deve-se adotar interpretação que favoreça a consecução desse objetivo, tirando-se qualquer margem de discricionariedade da Administração Pública no que diz respeito a rejeitar possíveis licitantes.” (grifou-se). “Por outro lado, pondera-se que a exigência quanto à autenticação dos documentos constituiu mera formalidade, não podendo seu simples descumprimento gerar a inabilitação no processo licitatório, sendo mera irregularidade. O procedimento licitatório deve possibilitar a participação do maior número possível de interessados, de forma a satisfazer o interesse da coletividade, sendo inoportuno que o excesso de formalismo prejudique a competitividade do certame.¹⁶ **AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.**” (grifou-se). TJ/RS.

Continua, TJ/AM;

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - PREGÃO - IMPETRANTE INABILITADA - EXCESSO DE FORMALISMO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - CONCESSÃO DE LIMINAR¹⁷ - DIREITO DE CORREÇÃO DE PROPOSTA DURANTE A FASE DE HABILITAÇÃO DO CERTAME - DECRETO 5.450/2005 - COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - ACERTO DA DECISÃO - AGRAVO DESPROVIDO. 1. Conquanto o princípio da vinculação ao instrumento convocatório informe os certames públicos, havendo a necessidade de cumprimento das regras editalícias pelos candidatos, estas regras devem estar condizentes com o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de se submeterem ao controle judicial. 3. Segundo consta dos autos, apenas foi oportunizado ao proponente a correção dos defeitos que

¹⁶ TJRS – **Agravo de Instrumento N° 70048200125**, Primeira Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, **Julgado em 05/09/2012**.

¹⁷ TJ-AM - AI: 40053499820188040000 AM 4005349-98.2018.8.04.0000, Relator: João Mauro Bessa, Data de **Julgamento: 05/06/2019**, Câmaras Reunidas, Data de Publicação: 06/06/2019.



geraram a sua primeira inabilitação, cujos fundamentos foram fulminados em processo administrativo. À despeito do reconhecimento da ilegalidade do ato da pregoeira quanto à primeira inabilitação da empresa proponente, a administração pública decidiu, nos autos do mesmo processo administrativo, **pela inabilitação da empresa Pronto Construções LTDA. - EPP por outros fundamentos, sem que lhe tivesse sido oportunizada a correção.** 4. **A correção das propostas durante a fase de habilitação é amparada pelo § 3.º, do artigo 26 do Decreto 5.450/2005, que regulamenta a modalidade licitatória de pregão eletrônico.** Prestigiar-se-ia, com isso, o interesse público na proposta mais **vantajosa em detrimento do excesso de formalismo.** 5. A documentação trazida aos autos revela, com o mínimo de solidez, a existência de indícios da provável violação à norma jurídica suscitada no *mandamus*, de forma apta a revelar o efetivo perigo de dano ou o **risco ao resultado útil do processo experimentado pelo ora agravado**, de sorte a justificar a concessão da liminar no writ. 6. **Agravo de Instrumento conhecido e não provido.**

Continua, TJ/SC;

MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.¹⁸ **MUNICÍPIO DE GASPAR. LICITAÇÃO. PREGÃO. SERVIÇO DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA DE PRÉDIOS PÚBLICOS. EMPRESA DESCLASSIFICADA POR PROPOSTA EM VALOR SUPERIOR AO FIXADO PELO EDITAL. VALOR GLOBAL DA CONTRATAÇÃO QUE, CONTUDO, NÃO ULTRAPASSA O LIMITE DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EXCESSO DE FORMALISMO. CONCESSÃO DA LIMINAR PARA MANTER A EMPRESA NO CERTAME. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o 'princípio da isonomia' imporia tratamento de extremo rigor.** A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional (Marçal Justen Filho). Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da licitação é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública e, **para atingi-la, não pode o administrador ater-se a rigorismos formais exacerbados**, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação.

Continua, TJ/SP;

¹⁸ TJ-SC - AI: 40323968920188240000 Gaspar 4032396-89.2018.8.24.0000, Relator: Pedro Manoel Abreu, Data de Julgamento: 11/06/2019, Primeira Câmara de Direito Público.



APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA¹⁹. MANDADO DE SEGURANÇA. CARÊNCIA DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR EM RAZÃO DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. Rejeição da objeção processual. Identificação dos pressupostos da impetração, especialmente o requisito atinente à existência da prova pré-constituída e da utilidade do provimento jurisdicional. Configurada a hipótese de manejo da ação mandamental. LICITAÇÕES. INABILITAÇÃO. ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO DA SEDE DA EMPRESA LICITANTE NO CURSO DO CERTAME. COMUNICAÇÃO INTEMPESTIVA. Comprovação dos pressupostos para a impetração. Certeza material e certeza jurídica. Inexistência de controvérsia sobre a comunicação extemporânea da alteração de endereço.

Inalterabilidade do perfil técnico e financeiro exigido pelo edital. Falta de razoabilidade na inabilitação da empresa vencedora. Excesso de formalismo.

Precedentes dessa 8ª Câmara de Direito Público. Nulidade do ato administrativo de inabilitação e de convocação da segunda colocada. Sentença mantida. **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO E REJEITADA A REMESSA NECESSÁRIA.**

Continua, TJ/RJ;

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE DEFERIU²⁰ A LIMINAR EM FAVOR DO IMPETRANTE, E DETERMINOU A SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO DA ALDEIA. 1. O agravante realizou licitação na modalidade de pregão, que tinha como objeto o registro de preços para eventual aquisição de gêneros alimentícios. 2. O agravado foi considerado inabilitado, pois após a abertura do envelope com seus documentos de habilitação, o pregoeiro entendeu que o licitante deixou de apresentar o documento indicado na alínea a do subitem 8.1.5 do instrumento convocatório, qual seja, a declaração de inexistência de impedimento de licitar ou contratar com a administração. 3. Da análise dos autos, infere-se que a declaração de inexistência de impedimento de licitar ou contratar com a administração foi apresentada juntamente com a declaração indicada no anexo VIII do edital, de que a empresa não possui

¹⁹ TJ-SP - APL: 10523914020178260576 SP 1052391-40.2017.8.26.0576, Relator: José Maria Câmara Junior, **Data de Julgamento: 24/10/2018**, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/10/2018.

²⁰ TJ-RJ - AI: 00547623420188190000 RIO DE JANEIRO SAO PEDRO DA ALDEIA 2 VARA, Relator: Des(a). Sérgio Seabra Varela, **Data de Julgamento: 28/11/2018**, Vigésima Quinta Câmara Cível.



menores de idade em seu quadro funcional, em um único documento.

4. **A exclusão do agravado do certame constitui excesso de rigor e formalismo por parte da Administração**, notadamente se for levado em consideração que a declaração foi apresentada e que o recorrido apresentou a melhor proposta, **de menor preço**, devendo ser observados os princípios do interesse público e da razoabilidade. 5. **Ausência de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, na medida em que a declaração exigida no item 8.1.5 do edital foi apresentada. Mero erro formal**. 6. Presentes os requisitos previstos no art. 7º, III da Lei 12.016/2009, para a concessão de liminar em sede de mandado de segurança. 7. O agravante não tem interesse recursal com relação à multa, porquanto não foram fixadas astreintes para o caso de descumprimento da liminar. 8. Manutenção da decisão. 9. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

São inúmeros julgados dos TJs de todo País, sendo que os citados "acima", são suficientes e cabem perfeitamente no caso concreto, por fim, o processo administrativo que deu "azo" ao Pregão do tipo eletrônico nº 80/2022, deve observar alguns princípios, tais como: **legalidade, objetividade, segurança jurídica, vinculação ao instrumento convocatório, moralidade, impessoalidade, formalismo moderado**, entre outros, objetivando a manter a empresa **J C ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - ME, devidamente habilitada**, uma vez que ofertou a **MENOR E MELHOR PROPOSTA** no certame.

A luz do exposto, empresa **J C ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - ME**, não vislumbra que sua habilitação jurídica e sua **MENOR E MELHOR proposta** está em desacordo como Edital, LLC, Doutrina, Jurisprudências dos Tribunais Superiores, STF, STJ, TJs,



Acórdãos do TCE/SP, TCU e Princípios Administrativos, pois **requer** nos termos do art. 43,²¹ § 3º da Lei Federal 8.666/93, somado aos atuais precedentes do **TCU²², acórdão TCU nº 1.795/2015-Plenário, TCU²³, acórdão TCU nº 3.615/2013-Plenário e TCU²⁴, acórdão TCU nº 3.418/2014-Plenário** que seja realizado pela r. Pregoeira e sua Equipe de Apoio, a realização do instituto da diligência novamente no balanço patrimonial da peticionária, comparando com os argumentos do recurso em questão.

Finalmente, requer seja **decidido pelo deferimento** do recurso administrativo postulado pela empresa **J C ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - ME**, considerando estar acobertada pelo princípio da legalidade.

Na oportunidade da **petição recursal**, em que pesem as manifestações e embates praticados apenas no campo das ideias e dentro do ordenamento jurídico, protesto a mais elevada estima e

²¹ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: § 3º - É facultada à Comissão ou autoridade superior, **EM QUALQUER FASE DA LICITAÇÃO**, a promoção de **diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo**, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

²² “**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”.

²³ “**É IRREGULAR a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada** pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993”.

²⁴ “**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)”.

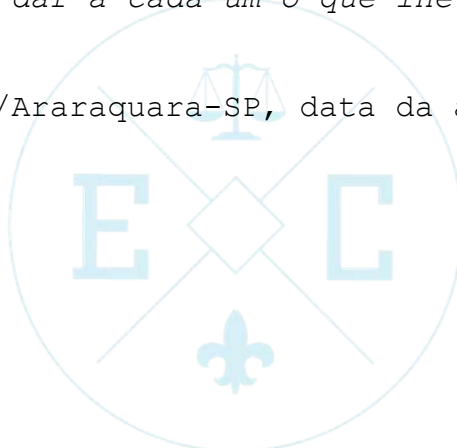


distinta consideração por este ínclito Município de Araraquara, Estado de São Paulo, em especial, a Comissão de Licitação/Pregoeira (a) Oficial, Equipe de Apoio, Controladoria Interna, Departamento Jurídico/Assessoria Jurídica e Autoridade Superior - Chefe do Poder Executivo - Senhor (a) Prefeito (a)

Nestes termos, com o respeito devido e habitual, pede o deferimento.

*"à **Justiça**²⁵ é uma constante e perpétua vontade de **viver honestamente**, não prejudicar a outrem e dar a cada um o que lhe pertence."*

Cambé-PR/Araraquara-SP, data da assinatura/protocolo.



JC ARCHILLA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES

ADVOGADO OAB N° 81.865/PR

²⁵ JUSTINIANO, Imperador Bizantino – 483 -565 DC.