



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

AOS CUIDADOS DO COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO N. 091/2020 DO MUNICÍPIO DE MANAUS

BIDDEN COMERCIAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 36.181.473/0001-80, sediada na Rua Capitão João Zaleski, 1763SEDE, Lindóia, CEP 81010-080, Curitiba (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

DOS MOTIVOS PARA ANULAÇÃO DA RECUSA DA PROPOSTA E CONSEQUENTE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

A recorrente participou da licitação pregão eletrônico nº 091/2020 que tinha por objeto a aquisição de inseticida químico, para atender ao programa municipal de controle da malária, conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que a empresa recorrente deve ter a recusa de sua proposta anulada e conseqüentemente ser reclassificada pelo cumprimento integral das cláusulas editalícias.

Houve equívoco do pregoeiro na recusa da proposta da empresa, alegando que o produto Lambdacialotrina CE 5% da marca dominus, uma vez que não deixa claro nas especificações de sua ficha técnica dosagens de acordo com equipamento a ser utilizado e tipo de vetores existentes, não sendo possível comprovar sua utilização de acordo com os parâmetros técnicos estabelecidos pelo Ministério da Saúde para termonebulização (FOG) para o controle da malária.

É importante destacar que a ficha técnica de um produto muitas vezes não contempla todas as especificações, sendo necessário uma análise de maior amplitude e de conhecimento técnico. No caso em tela, a análise não foi feita de maneira completa, uma vez que o produto cotado atende ao solicitado no edital conforme demonstrado em seguida.

É possível visualizar que no termo de referência não há menção quanto a dosagem do produto nem a utilização para (FOG), deixando de maneira aberta a descrição do produto:



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

ITEM	DESCRIÇÃO	UNID	QUANTIDADE
1	(ID 509591) INSETICIDA. Aplicação: para controle de pragas, Composição: lambda - cialotrina 5% (p/p), Aspecto Físico: líquido, Formulação: concentrado emulsionável, Grupo Químico: piretróide, Característica(s) Adicional(is): Registro no Ministério de Saúde, Unidade de Fornecimento: Embalagem com 01 litro.	Embalagem	1.034

No caso em tela, o pregoeiro alegou que não ficou claro nas especificações da ficha técnica apresentada as dosagens de acordo com equipamento a ser utilizado e tipo de vetores existentes, de maneira que não foi possível comprovar sua utilização para termonebulização (FOG), mesmo o termo de referência não solicitando tal demonstração.

Sendo assim, em contato com a fábrica, foi possível solicitar as informações complementares e demonstrar que o produto atende as necessidades do órgão, demonstrando que a dosagem de acordo com o equipamento utilizado e a possibilidade para termonebulização (FOG):

(ficha técnica fornecida pela fábrica em anexo)

MODODEUSAR:

Inseticida Domissanitário eficaz no controle de insetos rasteiros e voadores. Inspeccionar previamente o local a ser tratado. Agite o frasco antes de usar. LAMBDA SCE pode ser aplicado com auxílio de pulverizadores manual ou motorizado, equipados com bico tipo jato leque ou cone vazio, sistemas FOG (termonebulização) e UBV (ultra baixo volume). Sua diluição e aplicação, deve ser de acordo com as doses recomendadas por tipo de aplicação. Aplicar a calda inseticida nas frestas, fendas, paredes, balcões, rodapés, armários, escadas, entulhos e demais locais que sirvam de abrigo para as pragas alvo.

Além disso, o produto contém indicação para mosquitos em geral, o que compreende também o mosquito vetor da malária. Neste caso, a Administração deveria ter aceito o produto por ser o solicitado no instrumento convocatório. O edital tem a intenção de adquirir um produto que busque o controle da malária e o produto ofertado atende e é totalmente eficaz para o que a administração pública busca, conforme informado abaixo:

Praga Alvo	Calda Inseticida	Área Tratada
Moscas e Mosquitos	50mL/10L de água	200m ²
Baratas e demais Insetos Rasteiros	50mL/10L de água	200m ²
Formigas Cortadeiras	70mL/930mL de diluente	Aplicar diretamente no olheiro principal
Cupins de madeira seca (<i>Cryptotermes sp</i>) e Brocas de madeira (<i>Anobium sp</i>)	5mL/1L de solvente orgânico de boa qualidade (querosene desodorizado ou isoparafina)	200mL calda/m ² (* Aplicações por meio de injeção, aplicar a calda até o ponto de saturação

Diante do exposto, primando pelos princípios licitatórios e legislação vigente, requer-se a reclassificação da empresa Bidden Comercial Ltda por estar em conformidade com as exigências da Administração.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

DO DIREITO

DA POSSIBILIDADE DE ABRIR PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIAS

É evidente que, neste caso, o pregoeiro deveria ter realizado diligência para requerer que a licitante, esclarecesse possíveis dúvidas quanto ao ocorrido. O esclarecimento de possíveis dúvidas quanto o objeto deste recurso pode ser feito com uma simples diligência, que ajudará a Administração a decidir pela procedência ou não do presente recurso.

Há possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme artigo 43, §3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993.

A realização de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora, ou autoridade competente em presidir o certame, esbarra em alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

A diligência já deveria ter sido feita, pois não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória. Com brilhantismo e clareza, Marçal Justen Filho leciona:

A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

Comumente se questiona a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do texto legislativo, isto porque o art. 43, § 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993 preconiza que:

§ 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

Deste modo, a correta interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos, restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues inicialmente, por conseguinte, admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades,



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. Exemplo típico é o caso da inclusão de notas fiscais ou contratos que visam esclarecer a quantidade fornecida de determinado material, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, em relação a quantidade fornecida.

Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. (Ivo Ferreira de Oliveira, *Diligências nas Licitações Públicas*, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

Isto é afirmado pois a diligência não está condicionada a autorização prévia no instrumento convocatório ou ao pleito do particular, em verdade deve ser realizada de ofício visando salvaguardar a Supremacia do Interesse Público. Todavia, nada impede que na omissão da Administração, haja provocação do interessado para sua realização e quando suscitada será obrigatória, excetuada a decisão motivada e satisfatória que justifique a negativa.

Por todo exposto, resta evidente que a medida correta para a Administração é abrir processo de diligência visando consultar os catálogos diretamente fornecidos pelo fabricante e demais fichas técnicas.

DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro ao recusar a proposta analisando apenas uma ficha técnica, e não buscando compreender o produto em um todo, acabou dando mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. Isso porque os produtos cotados atendem as necessidades da Administração.

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

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 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. 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



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

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 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

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

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. (ACÓRDÃO Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios:

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016- TCU - Plenário)

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

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

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

Desta forma, devidamente comprovado a exigência desarrazoada do pregoeiro do certame cabe a anulação deste ato.

DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento, pois a recorrente deve ser declarada vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.

Nestes termos pede deferimento.

Curitiba (PR), 27 de outubro de 2020.

Tiago Sandi
OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633